

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS
VICERRECTORÍA ACADÉMICA**

CARRERA DE DERECHO

**ANÁLISIS DOCTRINARIO, JURISPRUDENCIAL Y
COMPARATIVO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL CRITERIO
EMANADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO, ANTE EL
DICTADO DE LA SENTENCIA PRODUCTO DE LA
APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD
ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 22 INCISO B DEL CÓDIGO
PROCESAL PENAL COSTARRICENSE.**

MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

DANIELA JIMÉNEZ VILLALOBOS

TUTOR: LIC. ORLANDO VARGAS CHACÓN

SEDE ARANJUEZ

MARZO, 2020

Dedicatoria

A Dios, por su amor y misericordia.

A las grandes mujeres de mí vida, Mami, Johanna y Andrea, son mi modelo de valentía y éxito, mi vida es bendecida porque ustedes están en ella.

En memoria, de mi amado padre y mi querida abuela, quienes me vieron iniciar este camino y ahora gozan del paraíso, mi amor sigue intacto, viven por siempre en mi corazón.

“No importa quién planta o quién riega, es Dios quien hace crecer la semilla”. 1 Corintios 3:7

Agradecimientos

Al Licenciado Orlando Vargas Chacón, por su excepcional acompañamiento durante el proceso investigativo, por su paciencia, entrega y compromiso. Gracias por compartir conocimiento.

CONTENIDO

Tablas	13
Figuras	14
Resumen	15
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	16
Planteamiento del Problema	16
Objetivos	20
Objetivo General	20
Objetivos Específicos	20
Justificación	21
Antecedentes	23
Antecedentes históricos	23
Antecedentes a nivel internacional	25
Antecedentes nacionales	27
Proyecciones	30
CAPITULO II: MARCO DE REFERENCIA	31
Principios	31
Principio de legalidad	31
Principio de obligatoriedad	34
Principio de Igualdad	35
Principio de inviolabilidad de la defensa	37
Principio de Oportunidad	43
Criterio de Oportunidad	45
Antecedentes Normativos de los Criterios de Oportunidad en Costa Rica	46
Supuestos Normativos	49
Inciso a. hecho insignificante	49
Inciso c. pena natural	51
Inciso d. extradición pasiva o activa en razón de una pena o medida de seguridad en el extranjero	55
El Testigo Colaborador	56

Antecedentes Normativos del Imputado Colaborador	57
Artículo 22 inciso b, Código Procesal Penal	60
Casos en los que aplica el criterio de oportunidad del testigo de la corona.....	61
Delincuencia organizada.....	62
Criminalidad violenta	63
Delito Grave	64
Tramitación compleja	64
Colaboración eficaz	65
Información esencial que evite la ejecución de delitos	66
Esclarecimientos de hechos investigados o conexos	66
Grado de reprochabilidad.....	67
Requisitos y procedimiento para solicitud de criterio de oportunidad del testigo colaborador	68
Confidencialidad de las negociaciones del acuerdo	68
Efectos de la aplicación del criterio de oportunidad del imputado colaborador	70
Suspensión de la Acción Penal	71
Extinción de la Acción Penal	71
Suspensión de la Prescripción	72
Etapa de Juicio: ¿Testigo o Imputado?	72
Responsabilidad civil del hecho punible.....	73
Aspectos jerárquicos dentro del Ministerio Público.....	75
Control Jurisdiccional	76
El testigo de la corona en la jurisprudencia costarricense.....	79
Circulares emitidas por el Ministerio Público en cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad	91
Circular 01- 1998. Sobre la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal	91
Circular 02-1998. Sobre la autorización del superior para aplicar criterios de oportunidad u otro	95
Circular 29- 1999. Sobre la información suministrada por imputados	95
Circular 19-2005. Sobre aplicación de alternativas al proceso penal y el proceso abreviado.....	97
Circular 07- 2008. Sobre el procedimiento de aplicación de los criterios de oportunidad.	98
El testigo colaborador en la legislación extranjera	102
Ley 27304. El arrepentido en la legislación argentina	103
Los criterios de Oportunidad en México	104
Los criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal de Honduras.....	106
CAPÍTULO III: PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO	108

Enfoque.....	108
Diseño	110
Participantes	111
Instrumentos.....	114
Procedimiento de Recolección Datos.....	115
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	120
Unidad de Análisis 1: puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia120	
costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b120	
del Código Procesal Penal.120	
Categoría de análisis 1: Puntos de conexión entre la doctrina y jurisprudencia costarricense respecto del criterio de oportunidad conocido como testigo de la corona.....120	
Categoría de análisis 2: Puntos de discrepancia entre la doctrina y jurisprudencia costarricense respecto del criterio de oportunidad conocido como testigo de la corona122	
Categoría de análisis 3: aspectos relevantes sobre la jurisprudencia125	
Unidad de análisis 2: comparación de la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”127	
Categoría de análisis 1: Similitudes entre la legislación costarricense y la extranjera128	
Unidad de análisis 3: Límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”130	
Categoría 1: Tipo de sentencia a la que se refiere el artículo 23 del Código Procesal Penal130	
Categoría de análisis 2: Interpretación del artículo 23 del Código Procesal Penal132	
Categoría de análisis 3: límites y los alcances del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas133	
Categoría de análisis 4: Principales retos de la aplicación del criterio de oportunidad del testigo de la corona en la práctica judicial135	
Categoría de análisis 5: Recomendaciones de los expertos.....138	
Interpretación	138
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	140
Conclusiones	140
Recomendacione.....	142
Para el Ministerio Público.....	142
Para la Asamblea Legislativa.....	143
Para Futuras Investigaciones	143
Referencias.....	144

APÉNDICES	148
Apéndice 1: Guía para Unidad de Análisis 1, Doctrina y Jurisprudencia	148
Apéndice 2: Guía para Unidad de Análisis 2. Legislación Extranjera.....	149
Apéndice 3: Guía Unidad de Análisis 3. Entrevista a Profundidad	150

Tablas

Tabla 1. Proceso de aplicación de los criterios de oportunidad. Ministerio Público 90-94

Tabla 2. Participantes entrevista a profundidad..... 104

Figuras

Figura 1. Procesos de Reducción Analítica109

Figura 2. Proceso de Análisis110

Resumen

El presente trabajo de investigación se titula “Análisis doctrinario, jurisprudencial y comparativo de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de sentencia producto de la aplicación del criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal costarricense”.

El mismo pretende abordar el problema existente respecto de la interpretación del artículo 23 del Código Procesal Penal, en tanto dispone la suspensión de la acción penal contra el testigo de la corona, con la advertencia de reanudarse el proceso si no se satisfacen las expectativas del Ministerio Público después del dictado de sentencia producto de la aplicación del criterio.

Mediante un enfoque cualitativo y diseño narrativo se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación ¿Cuáles son los límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas?

La presente investigación es trascendental ya que es necesario concretar respuestas para una norma ambigua, que permite la emisión de criterios sin límite alguno, lo cual resulta sumamente peligroso para el imputado que decida someterse a la aplicación de un criterio.

Con el presente estudio se busca generar un impacto positivo en la comunidad científica, generando nuevas teorías y líneas de investigación sobre el tema y a la vez se busca realizar un aporte a la administración de justicia solucionando un problema legal en aras de facilitar el trabajo del juez, fiscal y defensor en la práctica, así como ratificar a Costa Rica como un país respetuoso de las garantías constitucionales del imputado.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

Planteamiento del Problema

“Toda investigación parte del interés de solucionar o encontrar una respuesta a un problema, o el deseo de avanzar en el conocimiento sobre algún tema” (Canales, 1989, p 39); ante el avance de las ciencias y la sociedad, no hay un instrumento más poderoso para generar nuevos conocimientos que la investigación.

El derecho está en constante evolución, en razón de las necesidades producto de los avances de la sociedad, por lo que, es vital que el operador del derecho desarrolle capacidades de investigación en todo lo que observa, incluso sobre lo ya postulado, Jules Verne enseñó que *“la ciencia se compone de errores, que a su vez son pasos hacia la verdad”*.

El derecho penal es una rama del derecho que regula la potestad punitiva de un Estado y para Roxín (2003), el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución Política” (p. 10) y Costa Rica se ha caracterizado por garantizar los derechos fundamentales de cada imputado. El objeto de la presente investigación atiende a un problema procesal, en específico el criterio de oportunidad conocido como “testigo colaborador”.

Los criterios de oportunidad como excepción al principio de legalidad en la persecución penal, son un instituto aplicado en la legislación española, italiana, alemana, entre otros países del viejo continente, así como han sido incorporados a la legislación latina en Colombia, México, Guatemala y otros.

A nivel nacional e internacional, los criterios de oportunidad han sido objeto de debate entre tratadistas, existen diferentes posiciones con respecto a la *“lege lata”* y al procedimiento para su aplicación. Para Jiménez y Gonzaga (2010) “los criterios de oportunidad han sido utilizados como un instrumento para la investigación de delitos no convencionales, pero también como una respuesta al congestionado sistema de administración” (p.9).

En el caso de nuestro país, desde la incorporación de los mismos a la vía judicial costarricense con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1998, ha resultado controversial la aplicación del instituto, por otra parte, data una acción de inconstitucionalidad y varias investigaciones que como conclusión principal señalan a la norma lesiva de ciertos principios procesales del derecho penal.

El presente estudio, se ocupa sobre los efectos regulados en el artículo 23 del Código Procesal Penal, fruto de la aplicación del criterio de oportunidad reglado en el artículo 22 inciso b del mismo código, conocido como “testigo de la corona”. Este criterio ha sido considerado por unos como un medio de prueba y por otros, como un instrumento en la lucha contra la delincuencia.

La figura del delator ha sido cuestionada por diferentes expertos, sin embargo, actualmente es un instituto jurídicamente viable, así ha sido confirmado por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal; No obstante, si se realiza un análisis detallado de la redacción del legislador, pueden aflorar ciertas incertidumbres.

El criterio objeto de estudio, faculta al Ministerio Público para prescindir del ejercicio de la acción penal, dicho criterio se encuentra debidamente reglado, es decir, la ley establece una lista taxativa en los casos en que procede.

El artículo 23 del Código Procesal Penal, establece como principal efecto de la aplicación del criterio conocido como “testigo colaborador”, la suspensión del proceso para la o las personas en cuyo favor se solicitó la aplicación.

Concretamente el artículo supra citado señala:

Esa suspensión se mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia respectiva, (...) si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento (Código Procesal Penal).

De la lectura del extracto anterior, se identifican los siguientes puntos de discusión; como duda inicial, al señalar que la suspensión se “mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia respectiva”; a qué tipo de sentencia, se refería el legislador; podría tratarse de una sentencia absolutoria, una condenatoria o incluso ambas.

Por otra parte, el segundo párrafo del extracto anterior indica que “si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento”.

De lo anterior, manan ciertas inquietudes, primero si existe algún parámetro mediante el cual el Ministerio Público pueda fundamentar su criterio sobre si cierta colaboración por parte del imputado que se somete al criterio, satisface o no sus expectativas o si eventualmente dicho criterio responde exclusivamente a una potestad discrecional peligrosamente otorgada por el legislador.

Además, el artículo es claro en señalar que no solamente la colaboración por parte del imputado debe satisfacer las expectativas del Ministerio Público sino también la sentencia, so pena de reanudarse el proceso en contra del “testigo de la corona”. Así, ¿cómo se puede determinar las expectativas del ente acusador en cuanto colaboración y sentencia?

Para observar la gravedad del problema, pensemos en los siguientes hipotéticos; primero bajo el supuesto de que lo satisfactorio para quien ejerce el monopolio de la acción penal sería una sentencia condenatoria para los otros imputados; si la actuación del testigo de la corona fue diligente y eficiente, sin embargo, mediante mecanismos legales se tiene como resultado una absolutoria o eventualmente una condena parcial; ante esta circunstancia, de actuación eficiente del testigo y condenatoria parcial, se podría estar ante un caso en el cual los intereses del Ministerio no se encuentren satisfechos.

Otro supuesto sería, en el que se haya logrado una sentencia satisfactoria para ente acusador, sin embargo, mediante criterios subjetivos discrecionales, el mismo determine que la

actuación del testigo de la corona no satisface sus expectativas, ante esta tesitura la norma en estudio es sumamente peligrosa para el colaborador y altamente provechosa para quien ejerce una situación de poder ventajosa durante el proceso penal.

La principal consecuencia de la no satisfacción de las expectativas del Ministerio Público, es la reanudación del proceso para el testigo de la corona, independientemente de sí su colaboración fue provechosa o no y habiendo aceptado su participación en el hecho delictivo, por lo que eventualmente la norma en estudio podría ser totalmente arbitraria.

Según lo expuesto, se evidencia el problema de la discrecionalidad de los criterios emitidos por el Ministerio Público en cuando a la satisfacción o no de sus expectativas en la aplicación del criterio del testigo colaborador, se denota un margen muy amplio dentro del cual el Ministerio puede actuar.

Por las razones anteriores, en este proyecto se pretende realizar una búsqueda de doctrina y jurisprudencia con respecto a los criterios discrecionales del ente acusador con el fin de determinar posiciones respecto al límite de su ejercicio.

Además, mediante de legislación extranjera se pretende comparar las formas de tratamiento del campo de actuación en los criterios discrecionales ejercidos por los órganos encargados de la persecución penal en la aplicación de criterios de oportunidad.

Por último, la finalidad primordial de esta investigación es conocer si existe algún límite a las actuaciones y criterios discrecionales de la administración de justicia respecto de los efectos del sometimiento a los criterios de oportunidad, en la práctica judicial.

Así las cosas, surge como pregunta de investigación ¿Cuáles son los límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas?

Objetivos

Con el propósito de dar respuesta a la pregunta de investigación, se plantean una serie de objetivos, uno general y tres específicos, los mismos servirán de guía durante el proceso investigativo.

Objetivo General

-Analizar la doctrina, jurisprudencia y legislación extranjera en relación con la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la aplicación del criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal Costarricense.

Objetivos Específicos

-Identificar los puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal.

-Comparar la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”.

-Determinar los límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”.

Justificación

“En las últimas épocas se vive, por lo menos en nuestra cultura occidental, cierta voracidad que hace que todo aquello que pueda verse como una contribución a la profundización de lo “políticamente correcto” automáticamente es colocado como algo virtuoso” (Rusconi, nf. p.10), la contribución que puede realizar el testigo colaborador, implica ciertas ventajas para el Estado, pues contribuye a la averiguación de la verdad y al ahorro de recursos económicos del mismo.

Una figura que implica consecuencias positivas para la administración de justicia, merece un estudio detallado, se presume, en inicio, que la intención del legislador al incluir los criterios de oportunidad a la vía jurídica costarricense, fue promover un sistema judicial eficiente que le permitiera a los tribunales una mayor flexibilidad y celeridad en la tramitación de procesos, así como una disminución de gastos.

Por los motivos anteriores, el testigo colaborador resulta ser una pieza fundamental en la práctica judicial, ante esta tesitura, esta investigación es conveniente, en tanto existen ciertos conflictos en cuanto a la redacción del artículo que señala los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad, que pueden poner en peligro la eficacia del mismo y por ende la seguridad jurídica del testigo principal.

La presente investigación surge ante la necesidad de respuestas frente a una redacción de un artículo que no es claro en sus disposiciones y que además faculta a la Fiscalía para emitir juicios discrecionales respecto de la colaboración del testigo de forma libre y subjetiva, durante el ejercicio penal, las cuales podrían acarrear consecuencias muy perniciosas para quien solicita el criterio.

Actualmente, no existe precedente investigativo con enfoque en los criterios discrecionales emitidos por el Ministerio Público, posterior al dictado de sentencia en virtud de la aplicación del criterio de oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal, lo que evidencia lo pertinente y novedoso de la investigación.

Durante el desarrollo del proyecto, el lector se capacita en temas doctrinarios y jurisprudenciales de una forma objetiva, lo cual facilita una correcta comprensión del instituto, al mismo tiempo que se generan nuevos datos producto del análisis de la información recolectada.

Por lo expuesto, resulta trascendental determinar los límites y alcances del ente acusador en cuanto a la emisión de criterios sobre sus expectativas, en virtud de la tutela de los derechos fundamentales de los administrados, esto con el fin de rechazar toda norma arbitraria y ratificar la posición de Costa Rica como país respetuoso de los derechos del imputado a nivel internacional.

La presente investigación busca generar un impacto positivo en las partes involucradas en la aplicación del criterio, en tanto pretende determinar parámetros objetivos durante las actuaciones procesales, con el fin de que el ente acusador no caiga en posiciones arbitrarias mediante criterios subjetivos y para el imputado velar por el cumplimiento de sus derechos procesales.

Con la presente investigación se busca realizar un aporte importante a la comunidad científica en aras de adquirir un mayor conocimiento.

Antecedentes

Cuando se menciona el criterio de oportunidad conocido doctrinalmente como “testigo de la corona” se refiere a aquel imputado en una causa penal que, por colaborar con el Ministerio Público durante el proceso de investigación, recibe un beneficio procesal a cambio. Lo anterior en antiguamente en el derecho romano, fue englobado dentro de la rama del denominado derecho penal premial, en tanto ofrece un beneficio relacionado con la persecución penal a una persona que ha participado en la comisión de un hecho delictivo. A continuación, se expone una serie de antecedentes, primero históricos sobre el origen de este instituto procesal, así como las investigaciones que existen a nivel nacional e internacional sobre esta figura.

Antecedentes históricos

Primero en este apartado mencionaremos algunos aspectos históricos sobre la figura del testigo delator, dentro del mismo presupuesto del derecho penal premial del antiguo derecho romano, según Retana (2002) en la Roma clásica se fueron introduciendo modificaciones en el sentido de premiar aquellos implicados que colaboraran con persecución de delitos que afectaran directamente al Estado, por lo que expresa:

El sector que generó una mayor relevancia y operatividad premial fue en el campo de delitos políticos, denominado *crimen maiestatis* y *crimen perduellionis* para los casos en que se viera comprometido el interés público y la *salus rei publicae*, se concesionaban atenuaciones de la pena o incluso la impunidad para quien colaborara con la justicia. En ese sentido cuando se delataba, se obtenía un *ex lege* o una ventaja económica o jurídica (p. 9-10).

Conforme a la evolución, los romanos incorporaron al sistema ciertos correctivos de carácter excepcional con el fin de que no se abusara de este instrumento, duramente criticado durante la época, este procedimiento se intensificó durante el Imperio donde aparecen la figura del *cognitio extra ordinem*.

La posición en cuanto a las normas premiales desde la antigüedad ha sido controvertida, por ejemplo, en el caso de los emperadores, Tiberio estuvo a favor de premiar a los delatores, por el contrario, Tácito se oponía argumentando que “se presta para fraudes ya que el ánimo de los delatores tenía exclusivamente por objeto la obtención de ventajas económicas y jurídicas y no la efectiva colaboración con autoridades, ni el propio arrepentimiento por el delito cometido” (Retana, 2002 p. 20).

Por otra parte, sobre este instituto, existen hallazgos interesantes nivel de derecho canónico ya que, en la antigüedad durante el sacramento de la confesión, no bastaba el mero arrepentimiento, sino se pedía además la denuncia del delito.

Durante la inquisición la figura de la delación se convirtió la principal herramienta por la amenaza de excomunión para quienes no delataran a los herejes. Por otra parte, el Santo Oficio encaminó buena parte de sus esfuerzos a obtener del reo su confesión y arrepentimiento, procurando que delatara quienes lo condujeron por el mal camino a cambio de ver una reducción de su sanción.

En este sentido la confesión era la prueba reina, permitiendo prescindir del derecho de defensa en los casos del delito de herejía, considerado delito contra el alma, si el prisionero decidía no confesar se le aplicaba la tortura. Bajo la amenaza de tortura el reo terminaba por declarar, aunque fuera inocente y delataba a otros, aunque no estuvieran relacionados.

Modernamente y a nivel de derecho comparado, en el derecho anglosajón o *common law*, esta figura encuentra plena aceptación, el testigo de la corona se conoce como “*crown witness*”, y corresponde a otorgar un incentivo al delator para que este renuncie a sus derechos constitucionales, sin embargo, el *common law* desarrolla una serie de principios en los cuales se protege al sujeto delatado por el testigo de la corona. Por otra parte, también aplican el instituto del *plea bargaining*, el cual aplica a el imputado que testimonia contra los demás, una reducción en su condena.

En Italia se aplicó para el "*collaboratori della giustizia*" o "*pentiti*" –en el contexto de la legislación excepcional dictada en los años 70 y 80- al ocaso del terrorismo y el levantamiento de estructuras mafiosas del sur de Italia; y también aparecen en el Derecho de los países de lengua alemana (Alemania, Suiza, Austria), donde son conocidas como *Kronzeugenregelungen* (reglas del testigo “principal” o “de la corona”).

Finalmente, se ha renunciado expresamente a este tipo de normas premiales en países como Dinamarca y en Alemania se ha presentado un retroceso de las mismas.

En nuestro país, la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo de 1990 contempla en el artículo 13 este instituto. Por su parte, en 1996 el Código Procesal Penal lo incorpora en el artículo 22 inciso b) como un criterio de oportunidad.

Antecedentes a nivel internacional

A nivel internacional existen una serie de investigaciones asociadas al objeto en cuestión, en este apartado se exponen los principales resultados de las mismas.

En España, Isabel Sánchez García de Paz, profesora titular de derecho penal de la Universidad de Valladolid, publica en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología un artículo sobre su estudio titulado “El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal” en 2005, el mismo con atención a las reformas introducidas a la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/ 2003 donde cuestiona la legitimidad versus la eficacia de este instituto, la misma aborda el tema desde una perspectiva penal, procesal y penitenciaria.

La autora concluye que la colaboración no se incentiva mediante la concesión de un beneficio, sino mediante la evitación de un perjuicio, es decir, se refiere a que no se está ofreciendo al condenado una oportunidad para recibir a cambio de su colaboración un beneficio penitenciario sino que la colaboración se instituye en el único medio que permite evitar la

aplicación de un régimen penitenciario de excepcional rigor y divergente del indicado para el condenado de conformidad con los principios que rigen el régimen general de cumplimiento penitenciario y en particular con el principio constitucional de orientación de la pena privativa de libertad a la reinserción social del condenado. La autora menciona que,

En tanto la colaboración se configura en estas nuevas normas penitenciarias no tanto como medio de obtener un trato desigualitario beneficioso, sino de evitar un trato desigualitario que perjudica, lo que viene a convertirla menos en una opción voluntaria elemento imprescindible como es obvio en toda colaboración con la justicia de un condenado- que en un paso obligado: el que no colabora no es que siga el régimen general de cumplimiento, es que pasa a estar bajo un régimen especial de cumplimiento más gravoso (Sánchez. 2005. p.27-28).

En 2016, Marcelo Alberto Sancinetti, publica un “dictamen sobre los proyectos de leyes, así llamados, “de Arrepentido” y de “Extinción de Dominio” en Buenos Aires, Argentina. En el mismo el profesor analiza ambos proyectos de ley, en lo que nos interesa para la presente investigación, en cuanto al testigo de la corona concluye que primero que aquello de lo que se trata al prever una disminución de pena a cambio de *información que permita el esclarecimiento de un hecho punible* no requiere ningún “arrepentimiento” interior del imputado que brega por ese beneficio, sino que sólo está en juego “una negociación” sobre la acción penal, brindando información a cambio de “rebajas de ocasión”.

Concluye, además, que lo anterior produce una lesión a las garantías constitucionales y al debido proceso, enfáticamente señala que este procedimiento afecta el principio “nemo tenetur” el cual implica la no auto incriminación, el autor afirma que “nadie tiene por qué traicionarse, ni darle armas al adversario contra sí mismo, ni acusarse a sí mismo, ni detenerse a sí mismo” (Sancinetti, 2016, p.7).

En este mismo sentido del autor realiza un interesante análisis sobre el principio supuestamente lesionado y agrega;

y ocurre que sí, respecto de quien sí confiesa hay una “reducción”, ello implica necesariamente –en términos comparativos– que para el que no reconoce su culpabilidad (supóngase, en sí *merecida*) hay un *incremento* de su punición, por lo que, como saldo, se lo presiona a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por no declararse “voluntariamente” culpable. (Sancinetti, 2016, p.8).

En esta misma línea argentina, el tema ya ha sido comentado por respetados juristas, Maximiliano Rusconi, publicó un artículo relacionado con el tema, titulado “Arrepentidos y Justicia Penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio?, como se puede deducir del título el autor pretende poner en una crisis el instituto del Testigo de la Corona.

En este artículo el autor se cuestiona el ¿negociar la pena como base para buscar la verdad?, además en este sentido el autor menciona que “se trata de un instrumento que lejos de contribuir a una justicia penal más digna se transformará en la quinta esencia de la crisis del Estado de derecho. Con reflejos políticamente correctos, se deja al proceso penal en casos trascendentes en la esfera pública desde el cual se invita a los manipuleos más crueles” (Rusconi, nf. p. 16).

Por último, el argentino Dino Minoggio, titula su trabajo “La figura del “arrepentido” o colaborador eficaz en nuestra legislación, el derecho comparado y su tensión constitucional: eficacia de la investigación vs. Garantías constitucionales”, en el, Dino aborda el instituto del arrepentido o “delación premiada” desde la óptica de la legislación argentina, así como derecho comparado.

En su trabajo, llega a la principal conclusión “me permitiré afirmar que la figura del delator es inconciliable con el apego irrestricto a derechos irrenunciables y de raigambre constitucional como la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia” (Minoggio.sf. p.19).

Antecedentes nacionales

En Costa Rica, una de las primeras investigaciones al respecto data del 2002, la cual lleva por título “El testigo de la corona en la legislación costarricense. El caso del Narcotráfico; por Ismael Retana Robleto para optar por el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

En dicha investigación, el autor persigue como objetivo principal “demostrar que la institución del testigo de la corona, introducido en la legislación costarricense, conculca principios fundamentales de un Estado de Derecho” (Retana, 2002 p.2).

En el trabajo de investigación, el autor realiza un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre las diferentes leyes del narcotráfico, así como la figura del testigo delator desde el derecho procesal costarricense, asimismo el autor expone los argumentos a favor o ventajas para la aplicación de este instituto, así como las críticas que el mismo presenta desde una perspectiva procesal práctica, así como doctrinaria y constitucional.

El autor concluye en dicha investigación que la situación del testigo delator es una completa inseguridad jurídica, ya que el beneficio que posiblemente reciba quedaría sujeto hasta el final del proceso cuando se valore la importancia del mismo. Así como también menciona que existen complicaciones legales y prácticas para la aplicación de esta figura.

Lordtan Alanna Madriz Zuñiga, en agosto del 2014 publicó un artículo en la Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Ulacit de su investigación la cual lleva por tema “Criterio de Oportunidad: imputado arrepentido. En dicha investigación Lordtan (2014) pretende ahondar en el criterio de oportunidad regulado en el artículo 22, inciso b, de nuestro Código Procesal Penal, conocido como el testigo de la corona, realiza un análisis de los requisitos y el proceso para su tramitación concluye que los criterios de oportunidad son “ una u otra forma parte de la política criminal del Ministerio Público, porque habrá casos que llegan a juicio, pero que no llegarán a concluir en una condenatoria, por tanto, con el testigo de la corona podríamos sopesar de cierta forma algunas conductas para poder asegurar la persecución de otros sujetos con mayor grado de reprochabilidad en su actuar” (p. 18).

El MSc. Frank Harbottle Quirós, publicó un artículo relacionado titulado “El coimputado colaborador con “menor grado de reprochabilidad”. Una modalidad de Criterio de Oportunidad”. Publicado en la Revista Digital de Maestría en Ciencias Penales” de la Universidad de Costa Rica en 2015; en dicho estudio utilizando un enfoque cualitativo se explican términos como el principio de legalidad y criterio de oportunidad, posteriormente analiza jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en lo que respecta a la “menor reprochabilidad del individuo”, Al final, el autor mantiene la posición de que la figura del coimputado colaborador del proceso penal continúa siendo polémica dentro y fuera de nuestro país, concluye además que a nivel jurisprudencial no existen consenso en cuanto a la aplicación alcances de la terminología de menor reprochabilidad.

El autor afirma que “El sistema judicial debe encaminarse hacia investigaciones más rigurosas. Ello permitirá que, en los procesos judiciales al finalizar la etapa preparatoria, exista claridad de la reprochabilidad de los autores o partícipes de los hechos delictivos” (Harbottle, 2015 p. 22), ya que, según él, de cierta forma se incentiva la impunidad.

Por último; Guillermo Sojo Picado, fiscal de la Unidad Especializada en Casación, publicó un artículo sobre su investigación titulada “El arrepentido y la justicia penal. Antecedentes de la figura y breve referencia a la legislación costarricense”, en donde el autor persigue como objetivo plantear algunos tópicos de interés, tanto doctrinarios, prácticos, y legislativos con relación al tema del llamado “testigo de la corona”.

En dicho ensayo utilizando un enfoque cualitativo Sojo, pretende crear una reflexión en el lector sobre si el instituto del testigo de la corona, el autor cuestiona si el mismo encuentra legitimidad dentro de un sistema democrático, o si, por el contrario, deben los sistemas procesales ir abandonando en cuanto puedan implicar un renuncia o lesión a principios de primer orden como el no auto inculparse o declarar en contra de sí mismo.

El autor llega a la conclusión de que este instituto puede plantear muchas discusiones desde “la preocupación por un derecho penal concebido como última ratio, garantizador de los

derechos del ciudadano, hasta un derecho penal cuyo norte sea el eficientismo al costo de sacrificar esferas de libertad” (Sojo, párr. 36).

Por las razones anteriores el tema de investigación es: *“Análisis doctrinario, jurisprudencial y comparativo de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la aplicación del criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal Costarricense”*.

Proyecciones

La siguiente investigación se proyecta:

- ✓ Analizar las concordancias y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense en cuanto a los criterios discrecionales emanados por parte del Ministerio Público en cuanto a la aplicación del criterio de oportunidad del testigo de la corona y sus efectos.
- ✓ Determinar la regulación que se le da los criterios discrecionales de los entes encargados de ejercer la acción penal pública en la aplicación del criterio del testigo colaborador en la legislación extranjera.
- ✓ Conocer los principales retos y desafíos de la aplicación del criterio en estudio en la práctica judicial
- ✓ Establecer los límites y alcances de los criterios discrecionales emitidos por el Ministerio Público, en cuanto a las actuaciones que no satisfagan sus intereses.
- ✓ Generar nuevas teorías con respecto a los límites de los criterios discrecionales emitidos por el Ministerio Público, después del dictado de sentencia en virtud de la aplicación del testigo de la corona.
- ✓ Facilitar al lector una correcta comprensión de la figura mediante la exposición de legislación, doctrina y jurisprudencia.

- ✓ Generar nuevas líneas de investigación.

CAPITULO II: MARCO DE REFERENCIA

Es fundamental para el desarrollo de la presente investigación repasar una serie de legislación y conceptos, los cuales ayudan a una mejor comprensión y a la vez nutren y dan fundamento teórico al tema investigado, los mismos serán expuestos en el presente acápite.

El artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal de Costa Rica es la base del génesis del objeto es estudio, previo a desglosar el mismo, es necesario exponer algunas cuestiones generales del derecho penal y procesal pero que guardan íntima relación con el problema, es importante que el lector las comprenda para tener un bagaje cristalino sobre el tema.

El derecho en general se rige por una serie de principios de los cuales nacen las normas sustantivas y procesales que guían la causa penal, son muchos estos principios de los cuales brota el derecho, por lo que se han seleccionado los de mayor relevancia para la aplicación de criterios de oportunidad los mismos se exponen a continuación.

Principios

Los principios son una fuente del derecho de la cual nace el ordenamiento jurídico, es decir, son el pilar fundamental del cual se deriva las normas legales y procesales, es vital su utilización como fuente para la interpretación ya que constituyen la esencia pura de la norma, su importancia es tal que en caso de “laguna” y en ausencia de norma se resuelve conforme a los principios, para la presente investigación es fundamental que se expongan principio de legalidad, obligatoriedad, igualdad, inviolabilidad de la defensa y el principio de oportunidad.

Principio de legalidad

El principio de legalidad es la piedra angular de la cual parte todo sistema judicial de un Estado social de derecho. De ahí parten los límites de la actuación administrativa, todos los órganos estatales tienen que someterse a la ley y la eficacia de sus actos están condicionados a la validez de los mismos.

El principio de legalidad en materia penal, es uno de los límites esenciales del poder punitivo del Estado, existen tres reglas limitativas: la primera de ellas identificada bajo el aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, la cual implica el no castigar conductas e imponer penas no previstas expresamente por la ley, la segunda conformada por la prohibición de la interpretación analógica de la ley penal y, por último, la tercera dirigida hacia la prohibición de la aplicación de la ley penal desfavorable en sentido retroactivo.

Este principio se encuentra tutelado en el artículo 39 y 41 de la Constitución Política, el primero regula el principio de legalidad de la ley penal sustantiva y el segundo se refiere a la ley procesal penal, los mismos consagran lo siguiente:

“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” (artículo 39 de la Constitución Política).

Por otra parte, el artículo 41 de la Carta Magna señala que “todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes” (Constitución Política de Costa Rica).

Para Manzini “la pretensión punitiva del Estado derivada de un delito, debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren en concreto las condiciones de ley” (Manzini, 1948. p.294). Es decir, incluye una serie de garantías para los ciudadanos que se manifiestan en la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.

Asimismo, el Código Penal en el artículo 1 regula este derecho constitucional, el cual establece “nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente” (Código Penal).

Es decir, en materia penal el contenido esencial del principio de legalidad radica en que "no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas.

La norma Procesal Penal explica este principio en el artículo 2 el cual señala; “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”. (Código Procesal Penal).

Es importante rescatar que este principio debe entenderse como una garantía constitucional para el ciudadano, en razón del cual el Ministerio Público debe encargarse de la persecución penal conforme a la normativa establecida, Tijerino (1998) aclara que debe entenderse como aquel principio

“en virtud del cual el Ministerio Público tiene el deber de promover y dirigir la investigación de cualquier hecho que revista caracteres de delito de acción pública y de someter a proceso a quien ese hecho pueda imputarse, sin consideración de razón alguna de conveniencia o utilidad" (p. 88).

Expuesto el principio de legalidad, a continuación, se desarrolla como complemento del mismo el principio de obligatoriedad.

Principio de obligatoriedad

Dentro del sistema acusatorio formal o mixto que nuestro país ha adoptado en materia penal, el principio de obligatoriedad implica la obligación del órgano público respectivo de actuar e intervenir en el proceso solicitando condena por una infracción cometida.

Dicho en otras palabras, es la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal que ley le confiere en la realización del proceso y en concordancia con el principio de oficiosidad del Estado, Claria (1998) indica que “mientras el principio rige, el proceso penal debe provocarse cuando se dan las condiciones para ello, y provocado debe cumplirse hasta su agotamiento salvo las excepciones expresamente previstas en la ley” (p. 234).

Oderigo (1952), menciona en cuanto a este principio el “carácter imprescindible que tiene la lucha contra la delincuencia, como función esencial del Estado, y de la necesidad del proceso para la imposición de la pena, deriva que el proceso penal debe realizarse obligatoriamente (p. 74).

Constitucionalmente, el principio de obligatoriedad se deriva de los artículos 27 y 41, el primero indica “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”, el segundo se refiere a la justicia pronta y cumplida, para Bogarín,

el primero garantiza el derecho de petición, mediante el cual se le otorga al ciudadano la garantía de que el Ministerio Público cumplirá con la función acusadora de forma obligatoria. El segundo garantiza la aplicación de una justicia pronta y cumplida, en donde los ciudadanos encontrarán reparación a los daños que les han sido causados (Bogarín, 2013 p. 31).

Resulta conveniente en este campo, diferenciar dos conceptos que doctrinariamente han sido motivo de confusión, la obligatoriedad de la promoción penal y la obligatoriedad de la persecución penal, Peralta y Quesada (2004) establecen una diferenciación:

Existe obligatoriedad de la prosecución de la acción penal cuando, una vez promovida la persecución penal, no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (irretractabilidad), (...) existe obligatoriedad de promover la acción penal cuando la normativa obliga al Ministerio Público a solicitar al juez una decisión sobre la noticia de delito (p. 48).

Debe entenderse que el principio de obligatoriedad de la acción penal es una derivación del principio de legalidad, es importante que este principio sea aplicado de forma conjunta con el principio de igualdad, el cual se expone a continuación.

Principio de Igualdad

El principio de igualdad encuentra fundamento en el artículo 33 constitucional el cual reza “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana” (Constitución Política de Costa Rica).

Básicamente, este principio supone que a toda persona debe dársele un trato igualitario ante la ley sin ningún tipo de discriminación o favoritismo en razón de etnia, género, entre otros calificativos. Por lo que no se le puede otorgar ningún beneficio o desventaja legal o procesal.

Para Bogarín (2013) en virtud del principio de igualdad, “no podrá seleccionarse de forma arbitraria a los ciudadanos que deban someterse a una acción penal, sino que por el contrario deberá ejercerse la acción penal en igualdad de condiciones” (p.41).

Existen múltiples definiciones para el término de igualdad, todas desde diferentes perspectivas subjetivas, no existe una definición estándar, por su parte, la Sala Constitucional en la resolución 1983 de 1993 ha establecido al respecto:

El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana (Sala Constitucional).

Posteriormente en 2009, la Sala Constitucional según el voto 12090 amplió su criterio e indicó al respecto:

La valoración del trato equitativo tratándose de sujetos sometidos a una investigación judicial varía de acuerdo a las condiciones de los distintos sujetos, su relación con el hecho investigado, los intereses del proceso, y es de resorte exclusivo del Juez de la causa. No se puede equiparar la situación de un imputado a la de otro, aún en una misma causa cuando la responsabilidad es enteramente personal y son los vínculos con el proceso y los aspectos personales del interesado los que deben incidir en la concesión o no de la libertad durante el proceso (Sala Constitucional).

Es decir, con el transcurso del tiempo se ha superado el término de igualdad y se incorpora el de equidad, existen múltiples definiciones para el mismo, la Sala constitucional en el extracto anterior menciona “trato equitativo”, por lo que se podría decir que consiste en no favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra.

Etimológicamente equidad proviene del latín: “*aequitas*”, *de igual*; *del griego: virtud de la justicia de un caso en concreto*. Dentro de las definiciones clásicas Aristóteles trata la equidad en la culminación de su doctrina de justicia, indicando que lo equitativo es lo justo, por lo que es aún más abstracto lo que se considera por justicia, Ulpiano define justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”.

Como corolario, podemos entender que el principio de igualdad supone equiparar a todos los ciudadanos a un trato igualitario o equitativo ante la aplicación de la ley, sin ningún tipo de beneficio o desventaja en un caso en concreto.

Seguidamente se expone el principio de inviolabilidad de la defensa.

Principio de inviolabilidad de la defensa

El principio de defensa por parte de los imputados dentro de un proceso penal, resulta en uno de los pináculos más esenciales en cuanto a las garantías del debido proceso en el sistema procesal penal costarricense. Tal es este impacto que es un tema que se ha desarrollado desde la normativa internacional como positivizada en todos los códigos a nivel interno específicamente, en el código procesal penal en los artículos 12 y 13.

Desde una perspectiva internacional el derecho de defensa o la inviolabilidad de la defensa está regulado en distintos cuerpos de Derechos Humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, en su artículo 8, párrafo segundo, incisos: c), d) y e), los cuales establecen:

Artículo 8. 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.
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 inculpado 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 inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado 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 inculpado 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, de 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 inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado 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.

Desde la propia concepción de la convención americana de derechos humanos es claro el interés de la protección en cuanto al derecho de defensa contra acusaciones de carácter penal como uno que debe ser tutelado, al grado de un Derecho Humano. Situación que va incongruencia desde la perspectiva de Costa Rica en cuanto ser respetuosa y cautela con los derechos humanos de Los administrados, máxima siendo sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, este no es el único cuerpo de carácter internacional y de tutela de los derechos humanos que contempla el derecho de defensa como un Derecho Humano, resulta importante también analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 párrafo tercero incisos b) y d), los cuales disponen:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. 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.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Es claro que desde esta perspectiva también se protege el derecho a la inviolabilidad de la defensa, siendo esta una garantía procesal en favor del imputado la cual debe ser respetada bajo

cualquier supuesto, cualquier actuación ilegítima que proponga o en su materialidad vulnere efectivamente la defensa resultaría contraria al ordenamiento jurídico costarricense y a los Derechos Humanos.

Por último, pero no menos importante desde la perspectiva internacional eso te preponderante comentar aquí la Declaración Universal de Derechos humanos, cuál es su artículo 11 establece que cualquier persona que sea requerida o increpada de realizar algún tipo de actuar delictivo se le debe presumir su inocencia y además de garantías necesarias para que esa es su defensa.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Es claro que desde la perspectiva de derecho internacional resulta preponderante y respetar la garantía procesal y el derecho humano a la inviolabilidad de la defensa efectiva dentro del proceso penal, situación que a nivel interno también resulta regular con la misma preponderancia que le dan los cuerpos de carácter internacional, situación que se puede percibir ampliamente dispuesta en el artículo 39 de la Constitución política de Costa Rica.

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.

Desde la Constitución política se establecen parámetros necesarios para la protección a nivel local del derecho a la defensa, espero que no te creo 39 dispone muchas garantías de carácter penal, pero para efectos de este apartado no se enfocaremos en las que versan sobre la inviolabilidad de la defensa.

Entre los aspectos esenciales que contempla la inviolabilidad de la defensa está primero que todo el derecho de tener una audiencia, el derecho a poder probar si no ciencias por los medios que considere óptimos además del derecho de ir controlar aportar y contravenir pruebas que son planteadas en su contra, además del derecho de impugnar resoluciones judiciales que se consideran infundada su contraria a derecho como lo dispone el artículo 12 del Código Procesal Penal.

Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor. Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley.

Enfocando esta garantía desde la participación de ministerio público dentro del proceso penal, Peinándolo con los que a los criterios de oportunidad se refiere, es claro que el considerar el relato de uno de los infractores y partícipes del hecho punible, con el fin de increpar aportar insumos necesarios para que la investigación en contra de otro de los sujetos sea efectiva, es algo que ciertamente resulta polémico al contrastarlo con el principio de inviolabilidad de defensa.

Seguidamente exponemos el último principio de este acápite, el principio de oportunidad, el cual es primordial ya que constituye uno de los pilares fundamentales para la comprensión de la presente investigación.

Principio de Oportunidad

Dentro de nuestro sistema procesal penal acusatorio, el principio general es que la acción penal la ejerza el órgano encargado de la persecución penal, en nuestro caso, el Ministerio Público, aunque según el principio de legalidad, obligatoriedad e igualdad debe perseguirse de igual forma a un infractor, existen algunas excepciones a la norma.

El artículo 22 del Código Procesal Penal costarricense en su primer párrafo establece el principio de legalidad el cual menciona “El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de ley”, sin embargo, en el segundo párrafo plantea la excepción “no obstante, previa autorización del superior jerárquico, 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”.

De la anterior cita, se deriva el principio de oportunidad reglado, en virtud de que el mismo artículo establece una lista taxativa en los que en que es susceptible de aplicación, es decir, los casos en que el Ministerio Público previa autorización del superior jerárquico, puede prescindir total o parcialmente de la persecución penal.

Existen múltiples concepciones en contra y a favor sobre el principio de oportunidad, para Maier (1989),

la aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas, y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin

acquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada (p.158).

Es importante rescatar, que existe una diferencia entre principio de oportunidad y criterio de oportunidad, términos que pueden llevar a una confusión doctrinaria, Bogarin (2013), es clara al mencionar lo siguiente:

El Principio de Oportunidad evoca a la actuación libre del Ministerio Público de prescindir en cualquier caso de la acción penal, los criterios de oportunidad son aquellos supuestos tasados por ley bajo los cuales el Ministerio Público puede desistir del ejercicio de la acción penal. Dichos criterios, son únicamente utilizados en legislaciones como la nuestra, en donde se utiliza una variación del Principio de Oportunidad llamada Principio de Oportunidad reglado (p.44).

Es decir, el principio de oportunidad considerado desde una perspectiva simple implica la discrecionalidad que tiene el ente acusador para decidir si detiene la persecución penal o prescinde de ella total o parcialmente, esta perspectiva se utiliza o proviene del derecho anglosajón, en donde el mismo sistema permite hacer negociaciones más flexibles, en cuanto a hechos, penas y su quantum, entre otros aspectos.

Por otra parte, y en nuestro caso, el principio de oportunidad reglado, es decir, considerado desde una perspectiva más restrictiva implica necesariamente que para que el órgano encargado de ejercer el monopolio de la acción penal prescinda total o parcialmente de ella, la ley necesariamente establece una lista taxativa con cada uno de los supuestos en que es aplicable.

Por último, el principio de oportunidad reglado constituye una facultad discrecional para el ente acusador y está sujeta a que concurran las circunstancias establecidas por ley, por lo que, en ningún caso puede presumirse que es un derecho que le asiste al imputado, sino que aplica únicamente en situaciones excepcionales.

Expuestos los principios anteriores, enunciados que nutren e integran el ordenamiento jurídico en estudio, se procede a explicar los criterios de oportunidad, objeto sobre el cual versa la presente investigación.

Criterio de Oportunidad

En virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica, en materia penal, se tiene el derecho constitucional de pedir al juez una resolución cuando se tiene una “noticia criminis”.

Como se ha indicado en el párrafo primero del artículo 22 se establece el principio de legalidad, en el segundo párrafo establece la facultad del ente acusador de prescindir de la acción penal, dicha facultad se encuentra reglada.

El legislador costarricense es el encargado de decidir, en primera instancia, la política criminal del Estado, pero también le atañe regular cuáles hechos considera que deben ser sancionadas como delitos, así como las sanciones.

En el caso objeto de investigación, en nuestro Estado Social de Derecho es tarea del legislador determinar en cuales casos o conductas, a pesar de constituir delitos, les puede ser aplicada una excepción para prescindir de la causa penal, así como debe determinar mediante ley cuales circunstancias deben concurrir y el procedimiento para aplicar el mismo.

El mismo Código Procesal Penal en el artículo ya mencionado, establece los enunciados en que el Ministerio puede desistir de la persecución, es decir, se encuentra dividida en causales las cuales se conocen como criterios, los mismos según Gonzaja y Jiménez (2010) el legislador divide en dos grupos con base en su fin,

Los incisos a, c y d, los cuales obedecen a la falta de necesidades preventivas y el inciso b, el cual se presenta por razones de política criminal como una herramienta de los

representantes del Ministerio Público ante la dificultad de resolver casos complejos o de criminalidad no convencional (p.209).

Los criterios de oportunidad que establece nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes: a) insignificancia del hecho, mínima culpabilidad y exigua contribución; b) el testigo de la corona; c) pena natural y d) extradición pasiva o activa en razón de una pena o medida de seguridad en el extranjero.

Llobet, realiza un interesante comentario sobre esto y menciona “Ejercicio de la acción no solamente es la presentación de la acusación sino también solicitar una resolución diferente a ésta, por ejemplo, la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, el sobreseimiento definitivo o provisional” (Llobet, 2012 p.90). Muchos autores justifican los criterios de oportunidad como una solución efectiva del conflicto en concordancia con las teorías de la pena y su finalidad; es decir, es más importante una solución que una condena.

Previo analizar cada criterio, es conveniente tener una noción sobre la evolución normativa de los criterios de oportunidad en nuestro país, seguidamente una breve reseña.

Antecedentes Normativos de los Criterios de Oportunidad en Costa Rica

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en el artículo 229 señala en cuanto a la persecución penal. “La persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el ministerio público, con el auxilio policial, sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley penal”. Posteriormente agrega,

El ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley. Cuando la ley penal condicione la persecución penal a una instancia particular o a la autorización estatal, el ministerio público la ejercerá una vez que se produzca la instancia o la autorización por los medios

que la ley disponga, sin perjuicio de realizar o requerir los actos urgentes que interrumpen la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían con la demora, siempre que no afecten el interés protegido por la necesidad de la instancia o de la autorización.

Seguidamente en el apartado 230 indica, “en los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno (...) El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el ministerio público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos”.

“Los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal; sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado -la mayoría de las veces constitucionales—, la fijación de estos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal” (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica).

El mismo cuerpo normativo incluye, un ejemplo posible sobre criterios de oportunidad:

En las acciones que deben ser ejercidas por el ministerio público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento, en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de hechos que por su insignificancia o su falta de frecuencia, no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

2. Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3. Cuando se tratare de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.

4. Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo.

5. Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidas por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará, se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa.

En el Código de Procedimiento Penales de 1973, el Ministerio Público tenía la obligación de iniciar la persecución penal ante la “noticia criminis”, es decir debía ejercitarse la acción penal conforme al principio de legalidad sin ningún tipo de excepción.

Posteriormente con la promulgación del Código Procesal Penal de 1996, se realiza una modificación importante, la cual si bien es cierto se tiene el deber de actuar conforme a los

principios de legalidad, obligatoriedad e igualdad, la ley le confiere al ente acusador potestades facultativas debidamente regladas para cesar de esa obligación en determinada causa.

Dichas excepciones se enuncian el artículo 22 del Código Procesal Penal, el objeto del presente estudio es el inciso b de ese artículo, sin embargo, de previo a estudiar la figura doctrinalmente conocida como “testigo de la corona”, para que el lector tenga un conocimiento integral sobre el tema, posteriormente se explican concisamente los otros criterios establecidos por el legislador.

Supuestos Normativos

Nuestro Ordenamiento establece cuatro enunciados mediante los cuales el Ministerio Público puede prescindir la acción penal u otorgar algún beneficio al imputado, a saber, a) hecho insignificante, b) imputado colaborador, c) pena natural y d) extradición pasiva o activa en razón de una pena o medida de seguridad en el extranjero; los mismos se explican de manera general, a excepción del inciso b, criterio que expondremos con más detalle en las próximas páginas.

Inciso a. hecho insignificante

El inciso a del artículo 22 inciso a señala que se puede prescindir la persecución de la acción penal cuando:

Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

Del anterior enunciado se extraen tres términos esencialmente hecho insignificante, mínima culpabilidad del autor y exigua contribución de este.

En cuanto a la insignificancia del hecho, doctrinalmente existe controversia, ya que para algunos juristas causa este criterio causa impunidad, al respecto Natalia Gamboa en su condición de defensora pública explica;

El criterio de oportunidad por insignificancia del hecho, es un filtro que no responde a criterios de comodidad de la administración, cuantía de los bienes o hasta la simple arbitrariedad, sino a casos calificados según los criterios de persecución penal establecidos por el Ministerio Público. Que quede claro: se prescinde de la acción penal en casos de delitos que no provocan mayor impacto en la sociedad, ya sea por motivos de utilidad social o de política criminal (Gamboa, sf. párr.9).

Como consecuencia cuando se menciona el termino hecho insignificante, se puede entender que una acción no puede estimarse delictiva no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado.

Otro de los supuestos que establece el primer inciso es el de “mínima culpabilidad del autor”, primero se debe definir qué se entiende por culpabilidad, al respecto Chang (1998) acusa como culpable, “aquel que pudiendo no se motivó por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la misma” (p.88).

Por otra parte, “si a la luz de la teoría del delito se considera al sujeto que cometió el hecho falto de culpabilidad, el hecho no constituye delito, por lo cual resulta necesario solicitar el sobreseimiento definitivo o la desestimación ante la ausencia del delito” (Gonzaga y Jiménez, 2010, p.218).

Por lo que, ante esa tesitura, es el Ministerio Publico, tiene la facultad de determinar la culpabilidad mínima en determinada conducta tipificada como delito.

El tercer supuesto fundamental que se menciona en este inciso es la exigua colaboración del imputado, este se en términos sencillos se refiere a que, en cuanto a la actuación del

encartado, su intervención en el hecho delictivo sea de menor relevancia, es decir, implica la participación de otro u otros sujetos en la acción.

Se puede decir, que un hecho delictivo, puede tener varios partícipes, los mismos son aquellos que intervienen o coadyuvan en la configuración del tipo penal, pero sin ostentar la calidad de autor, entre esta categoría de sujetos se puede mencionar el cómplice y el instigador.

Por último, en la misma línea de este inciso, se establece una prohibición en cuanto a la aplicación, en tanto no se afecte el interés público, o cuando el hecho haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.

Sobre lo anterior, la Sala Constitucional en la acción de inconstitucionalidad resuelta mediante el voto 9473 – 2016 menciona

El legislador fue más allá, al considerar, dentro de la facultad creadora de leyes que ostenta, que los funcionarios públicos que comenten un hecho tipificado como delito cuando se encuentren ejerciendo el cargo o con ocasión de él, se encuentran en una situación diferente a la de los demás ciudadanos por esa mera circunstancia y por ende excluye de forma expresa la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad.

Expuesta, la excepción de obligatoriedad por insignificancia del hecho, de seguida se explica el inciso c del artículo 22, el cual anuncia como criterio de oportunidad el supuesto de la pena natural.

Inciso c. pena natural

El tercer inciso del artículo en desglose, establece como criterio “El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena” (Código Procesal Penal).

Para analizar el inciso anterior, es necesario subdividirlo en dos categorías, la primera de ella “cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves, que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, lo cual se conoce doctrinalmente como “pena natural” y la otra categoría “los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena”.

En el primer supuesto cuando hablamos de pena natural, para Gonzaga y Jiménez (2010), este presupuesto se da cuando “a consecuencia del hecho (sea doloso o culposo) el imputado ha sufrido un daño moral o físico de tal magnitud que no sea necesario poner en marcha la maquinaria judicial, procurando una sanción penal que tornen desproporcionada la aplicación de una pena” (p.243).

Para aplicar este criterio, debe hacerse una ponderación entre la calidad del daño sufrido y la pena; si se considera que el imputado ha sufrido daños graves en su integridad física o en su psiquis, no debe condenarse de nuevo. En nuestro país, se presentó el caso de que un padre deja a su único hijo en el auto mientras realiza una diligencia y el mismo fallece producto de las condiciones térmicas dentro del vehículo.

Aguad et al (2011), menciona que este criterio de oportunidad “tiene como objetivo compensar los daños sufridos por el imputado, con relación a la pena que le correspondería cumplir si hubiere resultado ileso. Es decir que se privilegia la retribución natural que el sujeto activo recibe como consecuencia de su propia conducta desviada, y cuyos efectos son mucho más trascendentales que los de la aplicación misma de la pena fijada para aquel, en razón de una condena (retribución material)” (p.16).

Para aplicar el criterio de oportunidad por pena natural, el imputado debe presentar daños físicos graves, ergo las lesiones leves o levisimas quedan completamente descartadas, en otras palabras, debe presentarse un daño grave en el cuerpo o la salud, hay una lesión cuando “Existe daño en el cuerpo toda vez que se destruya la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos, ya sea ello aparente, externo o interno” (Soler citado por Llobet, 2001, p.2109). Es importante rescatar que incluye la salud tanto fisiológica y psíquica.

Si el encartado no presenta lesiones físicas producto de su acción delictiva, existe la posibilidad de que presente un daño moral, bajo esta tesis se debe tener presente que el daño moral comprende una parte objetiva y una subjetiva, el primero ocurre cuando se produce una lesión en el patrimonio del individuo, mientras que el segundo se produce en la esfera anímica de un individuo.

El otro supuesto que regula el inciso c, son en los casos cuando “concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena”, en este sentido el artículo 93 del Código Penal, establece los casos de perdón judicial, siempre que exista un informe del Instituto de Criminología los cuales citamos,

- 1) A quien siendo responsable de falso testimonio se retracte de su dicho y manifieste la verdad a tiempo para que ella pueda ser apreciada en sentencia;
- 2) A quien mediante denuncia dirigida o declaración prestada se inculpa a sí mismo de un delito doloso que no ha cometido para salvar a su ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, bienhechor, o a su concubinario o manceba con quien haya tenido vida marital por lo menos durante dos años continuos inmediatamente antes de la comisión del hecho;
- 3) A quien haya incurrido en los delitos de encubrimiento, hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, daños o lesiones leves, cuando lo solicite el ofendido que tenga los mismos lazos de parentesco o relación con el reo a que se refiere el inciso anterior;
- 4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana;
- 5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;

6) A quienes en caso de homicidio piadoso, se compruebe que accedieron a reiterados requerimientos de la víctima y el propósito además fue el de acelerar una muerte inevitable;

7) *(Derogado mediante el artículo 3° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

8) *(Derogado mediante el artículo 3° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

9) A quien por móviles de piedad haya declarado ante el Registro Civil como su hijo a una persona que no lo es o hubiere usurpado el estado civil de otro o por un acto cualquiera lo hiciere incierto, lo alterare o suprimiere;

10) A los autores de contravenciones, previa amonestación por parte de la autoridad juzgadora; y

11) A quien injuriare a otro si la injuria fuere provocada o a quien se retracte de su dicho injurioso antes de contestar la querrela o en el momento que la contesta. A quienes se injuriaren recíprocamente. No procede el perdón judicial cuando la injuria conlleva una imputación a un funcionario público, con motivo de sus funciones.

12) A quien fuera sindicado por el Ministerio Público como autor en el tráfico de las sustancias o drogas reguladas por la Ley de Psicotrópicos, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N° 7093 que diera información correcta, la cual permitiera el descubrimiento del delito y sus autores, más allá de su participación en él o también cuando pusiera, espontáneamente, en conocimiento de la autoridad, lo que él supiera sobre la comisión de los delitos mencionados anteriormente y lo hiciera con tiempo suficiente para impedir la comisión de éstos.

Comprendido desde una breve perspectiva el criterio de oportunidad conocido como pena natural y los casos de perdón judicial, a continuación, se explica el criterio de oportunidad reglado en el inciso d.

Inciso d. extradición pasiva o activa en razón de una pena o medida de seguridad en el extranjero

El artículo 22 inciso 2 del Código Procesal Penal dice,

La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

La primera parte del inciso hace referencia a “La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta” en esos casos el legislador se refiere a que se considera suficiente la sanción para el autor, la pena o medida de seguridad impuesta por otro hecho de conformidad los límites legales y constitucionales, “si un imputado ya ha sido juzgado y condenado al máximo de la pena permitido por la ley, no tiene sentido llevarlo nuevamente a juicio por otros hechos que integrarían junto con los ya juzgados” (Gonzaga y Jiménez, 2010. p. 262).

Es decir, el desistimiento de la persecución penal obedece a que, el imputado ya descuenta una condena penal que cumple con el máximo castigo permitido, por lo que hace innecesario la persecución por otro delito.

La segunda parte del inciso c indica “Cuando la pena o medida de seguridad que correspondería imponer al delito cuya persecución se desiste, carece de importancia en relación con una pena o medida de seguridad impuesta o que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos casos podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva”.

Respecto de ese presupuesto Gonzaga y Jiménez (2010) explican,

Con la aplicación de este criterio pretende evitarse los problemas que se han presentado en el ámbito judicial para conceder la extradición al estado requirente, cuando, a la vez, existe un proceso pendiente en Costa Rica en contra del extraditable. Se revela, mediante este supuesto, la prioridad de la persecución de los crímenes más significativos, sin importar el lugar de su comisión, al punto de eliminar el interés en perseguir otros delitos (p. 266).

Es decir, cuando la condena que podría imponérsele al acusado en el extranjero es más severa en relación con la que podría imponérsele en nuestro país, puede prescindirse de la acción penal y procederse con la extradición, pues el fin, es dar prioridad al castigo de los delitos más graves y, por otro, que prófugos extranjeros mediante portillos legales burlen la justicia de los Estados requirentes.

Una vez explicados tres de los criterios de oportunidad que regula nuestro Código Procesal Penal, a continuación, nos dedicamos a exponer detenidamente el inciso b del artículo en estudio, el cual regula el instituto jurídico del “testigo colaborador” y el cual es el fundamento del presente estudio.

El Testigo Colaborador

Doctrinalmente se ha conocido como “testigo de la corona”, “testigo arrepentido”, “testigo colaborador”, “colaborador de la justicia”, “arrepentimiento post delictual”, “chivato”, “peniti”, entre otras denominaciones, al criterio de oportunidad regulado en el inciso b del artículo 22 del Código Procesal Penal.

El término más utilizado por los tratadistas es el de “testigo de la corona”, el mismo proviene del derecho inglés donde el acusado daba su declaración ante el rey, para que este lo eximiera del castigo.

En nuestro país cuando hacemos referencia al testigo de la corona, es aquel sujeto que en su condición de menor reprochabilidad en la comisión de un hecho delictivo, negocia con el Ministerio Público el suministro de información valiosa para esclarecer el hecho o evitar hechos delictivos futuros a cambio de un beneficio procesal.

Para Sojo es un “supuesto de colaboración post delictiva y en asocio del Estado en espera de la recompensa procesal, no acusación, rebajo de pena, perdón judicial” (Sojo, 2002, p.119).

Es decir, consiste en no ejercer la acción penal pública por parte del Ministerio en contra del imputado que colabora eficazmente con el ente acusador para entregar coautores del hecho con un mayor grado de reprochabilidad, o bien eventualmente que el “imputado arrepentido” colabore eficazmente para evitar la continuación del delito.

A continuación, una breve reseña sobre la evolución normativa que ha tenido esta figura en nuestro país.

Antecedentes Normativos del Imputado Colaborador

En este apartado, mencionaremos la evolución normativa que ha tenido el imputado colaborador en nuestro país, primero se debe señalar que, en el Código de Procedimientos Penales de 1973, el Ministerio debía ejercer la acción penal pública conforme a las leyes, sin ningún tipo de excepción, es decir, para esos años nuestro sistema aun no incluía los criterios de oportunidad para dar fin al proceso como excepción al principio de oportunidad.

Posteriormente, La Ley de Narcotráfico n° 7093 mediante la cual se adiciona el inciso 12 al artículo 93 del Código Penal, sobre el perdón judicial en el cual actualmente dice;

Artículo 93.-También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

12) A quien fuera sindicado por el Ministerio Público como autor en el tráfico de las sustancias o drogas reguladas por la Ley de Psicotrópicos, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N° 7093 que diera información correcta, la cual permitiera el descubrimiento del delito y sus autores, más allá de su participación en él o también cuando pusiera, espontáneamente, en conocimiento de la autoridad, lo que él supiera sobre la comisión de los delitos mencionados anteriormente y lo hiciera con tiempo suficiente para impedir la comisión de esto.

Para Fernández (2012), lo anterior “califica la información brindada de correcta, es decir, no bastaba brindar información si con ella, no se lograba acreditar la participación de otros sujetos” (p.39)

Posteriormente en 1991, con la promulgación de la ley número 7233 en el artículo 35 se indica,

El Ministerio Público podrá ofrecer, a los autores, coautores, instigadores y cómplices de los delitos contemplados en esta ley que, en caso de que se solicite sentencia condenatoria en su contra, pedirá que se consideren, en su favor, el perdón judicial o la concesión del beneficio de la ejecución condicional de la pena, si fuera procedente: cuando proporcionaran, espontáneamente, información que contribuya esencialmente al esclarecimiento de delitos de los tipificados en los artículos 16, 17, 18, párrafos primero, tercero, sexto y 19, párrafo primero de esta ley o de sus autores, más allá de su personal participación en ese delito o, cuando el autor pusiera, en conocimiento de la autoridad, lo que él supiera sobre los planes de comisión de los delitos ya mencionados, haciéndolo con tiempo suficiente para impedir su comisión.

En los artículos 16, 17 y 18 se hace referencia a delitos relacionados con el tráfico de drogas y legitimación de capitales, según Zuñiga (2007) “la información o cooperaciones establecidas en estos dos artículos, no son con la finalidad de terminar el proceso, pues debe tramitarse hasta el final, por lo que no debe verse como una figura del “testigo de la corona” sino más bien como una colaboración del imputado” (p.78).

Posteriormente marzo de 1996 en la Ley de Justicia Penal Juvenil N°7576, en el artículo 56 un criterio de oportunidad reglado, para Fernández (2012), “dicha norma pese de ser reglada es muy abierta y más imprecisa que la contenida en materia para adultos (...) pues no especifica en qué asuntos procede” (p.40).

La misma actualmente indica;

Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercer la acción penal pública en los casos en los que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de esta ley. No obstante, podrán solicitar al Juez que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando:

- a) Se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.
- b) El menor de edad colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la consumación o la perpetración de otros hechos, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o brinde información útil para probar la participación de otras personas.
- c) El menor de edad haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.
- d) La sanción que se espera, por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones. (Ley de Justicia Penal Juvenil).

Finalmente, en 1996 con la promulgación del Código Procesal Penal se incluye en el artículo 22 inciso b el criterio de oportunidad conocido como “imputado colaborador”, el cual nos dedicamos a estudiar en las páginas posteriores.

Artículo 22 inciso b, Código Procesal Penal

Primero es importante mencionar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la que se denomina “Convención de Palermo”, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2001 en Palermo (Italia) y aprobada en Costa Rica mediante la Ley 8302 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta 123 de 27 de junio de 2003), incluye en su artículo 26, como posible medida para lograr una acción más eficaz en la persecución y enjuiciamiento de las organizaciones delictivas lo siguiente: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”.

Esta disposición prevé la posibilidad de otorgar la inmunidad judicial que contempla el artículo 22 del Código Procesal Penal. De esta forma se reconoce que la inmunidad judicial dada a algunos de los partícipes, es uno de los instrumentos idóneos para reducir el amplio margen de impunidad que siempre ha existido frente a las diversas formas de crimen organizado.

El artículo 22, regula los criterios de oportunidad los cuales implican que,

La atribución que tienen los órganos encargados de la persecución penal, fundada en razones diversas de la política criminal y procesal de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetivamente, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir” y “castigar” (Cafferata, 1998 p. 38).

Estos criterios de oportunidad se encuentran debidamente reglados, se debe recatar que el artículo en cuestión, indica que se puede prescindir de la acción penal siempre que concurren una

serie de circunstancias, la primera que indica la legislación es la autorización del superior jerárquico del representante del Ministerio Público.

Específicamente, el inciso b, señala que se puede prescindir de forma total o parcial la persecución cuando,

b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

Del párrafo anterior, es necesario extraer una serie de supuestos, para el análisis lo dividiremos en dos unidades, primero los casos en los que es susceptible de aplicación, esta unidad estaría compuesta por los asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves y de tramitación compleja; la segunda unidad a conceptualizar sería la de los presupuestos que deben concurrir para que el criterio pueda materializarse, esta segunda unidad estaría compuesta por colaboración eficaz en la investigación, información útil y conducta menos reprochable; categorías y términos que procedemos a explicar a continuación.

Casos en los que aplica el criterio de oportunidad del testigo de la corona

En nuestro país, los criterios de oportunidad se encuentran debidamente reglados, en el caso de “testigo colaborador”, el legislador estableció una lista taxativa de delitos en los cuales aplica, es importante retomar que el “testigo de la corona” en el contexto procesal penal es un imputado que ha participado en el delito, pero con un grado de reprochabilidad menor que el del resto de copartícipes, y que en su condición decide colaborar con el órgano encargado de la investigación.

Seguidamente explicamos los casos para los cuales aplica,

Delincuencia organizada

Para Gonzaga y Jiménez (2010), debe entenderse por delincuencia organizada “una participación colectiva en la que se destaca una clara jerarquización, una división de las funciones entre los miembros de la empresa criminal y el establecimiento de controles y procedimientos internos tendentes al encubrimiento del giro delictivo de la organización” (p. 232).

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 2 señala que debe entenderse por grupo delictivo organizado "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

El Grupo de Trabajo de Drogas y Delincuencia Organizada de la Unión Europea, aporta una adecuada definición de crimen organizado a la comunidad internacional:

Un grupo de dos o más personas, que participan en un proyecto criminal conjunto durante un periodo de tiempo prolongado o indeterminado con el fin de conseguir poder y obtener beneficios y cuando la persona individual es responsable de la realización de ciertas tareas dentro de la organización, mediante transacciones comerciales o actividades relacionadas con negocios, mediante la utilización de la violencia o amenazas, mediante el empleo de influencias en la política, los medios de comunicación de masas, el gobierno o las autoridades judiciales. En caso de necesidad, mediante la utilización del control sobre un cierto territorio, con el fin de cometer las infracciones penales planificadas, que, vistas individual o colectivamente, tienen que ser consideradas como delitos graves.

Por otra parte, la Ley Contra La Delincuencia Organizada, indica en su primer artículo que se debe entender por delincuencia organizada “un grupo estructurado por dos o más personas que

exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

Como corolario, de las definiciones anteriores podemos extraer se está frente a un caso de delincuencia organizada cuando concurren estas circunstancias, a) Un grupo de 2 o más personas, b) que funcionen durante un tiempo prolongado, y c) que su actuación sea con el fin de cometer delitos graves.

Después de aclarar el concepto de crimen organizado, exponemos el de criminalidad violenta, concepto que actualmente ha presentado algunos problemas de precisión.

Criminalidad violenta

El término criminalidad violenta, actualmente es un concepto jurídicamente indeterminado, no existe ninguna ley que indique qué se debe entender al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han hecho un esfuerzo por otorgar un concepto al mismo, lo que mayormente se comenta es que involucra a los delitos que implican la utilización de violencia grave en contra de las personas ya sea física o psicológica.

El maestro Javier Llobet, con respecto a la criminalidad violenta hace referencia a la siguiente jurisprudencia.

En el voto 737-2001 del veintisiete de julio del dos mil uno se dijo por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que existe acuerdo unánime en la doctrina en que el concepto comprende todos los ataques a la integridad física y psíquica de un ser humano (homicidio doloso, lesiones dolosas, robos con violencia sobre las personas, ciertos delitos sexuales, secuestros extorsivo, privación de libertad, coacción, etc.) (...) abarca todos aquellos supuestos en los que ocurra a la violencia sobre las personas para ejecutar un delito, sea que se traduzcan en violencia corporal, intimidación o alguna otra forma grave de ataque a la psique del ser humano (Llobet, 2009, p. 121).

En resumen, se debe entender como criminalidad violenta, todo aquel hecho delictivo cometido con violencia contra las personas, entendida esta violencia tanto física que pueda llegar a ocasionar un daño en la esfera corporal de la persona, así como la violencia psicológica. A continuación, se explica delito grave.

Delito Grave

Delito grave, es un término que se encuentra muy claro, ya que la misma ley indica que se debe entender por el mismo, al respecto el artículo primero de la Ley Contra la Delincuencia Organizada señala que se debe entender “para todo el sistema penal, delito grave, es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más”. Lo establecido fue tomado del artículo dos de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Tramitación compleja

En este sentido, el artículo 376 del Código Procesal Penal define los supuestos bajo los cuales se está en presencia de un caso de tramitación compleja, a saber: “cuando la tramitación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos, del elevado número de imputados o de víctimas o cuando se trate de causas relacionadas con la investigación de cualquier forma de delincuencia organizada...”.

Como se indica, en este aspecto no existe gran controversia, toda vez que el legislador en esa norma procesal identificó claramente los supuestos de tramitación compleja en lo concerniente a la legislación penal; sin embargo, al respecto la Sala Tercera ha aclarado que procede si la complejidad del asunto se debe a los supuestos mencionados, si la complejidad se debe a otra causa no aplica, el voto 483-2001 de indica:

En efecto, dentro del sin número de factores capaces de tornar complicadas las tareas de investigar un hecho, el legislador solo seleccionó algunos de ellos para autorizar la procedencia del trámite previsto en el artículo 376 del Código Procesal, a saber: la

multiplicidad de hechos, el elevado número de imputados o de víctimas y las causas que se relacionen con cualquier forma de delincuencia organizada. En otros términos, no todo asunto que válidamente pueda calificarse de “complejo” es susceptible de someterse a la extensión de los plazos que involucra aquel trámite especial, sino solo cuando la complejidad derive de las circunstancias descritas de modo taxativo en la ley.

Una vez explicados los casos en los que procede, se expone a continuación las circunstancias que deben concurrir para que el sometimiento al criterio de oportunidad surta efectos jurídicos, se menciona lo que corresponde con respecto a la colaboración del testigo y la menor reprochabilidad del mismo.

Colaboración eficaz

Con respecto a la colaboración eficaz del imputado se puede presumir que es un criterio subjetivo de la parte que lo determina, al respecto Mata (2014) señala:

Al no existir un protocolo o procedimiento que determine el valor de “eficaz” –como es solicitado por el legislador- de la información brindada por el delator, así como su estrecha relación con la verdad real de los hechos, queda un portillo abierto para que un imputado mentiroso ansioso de resultar sobreseído, se porte complaciente con el Ministerio Público en aras de obtener un beneficio procesal (p.89).

O contrario a la cita anterior, queda un portillo abierto para que el ente acusador, perjudique al imputado y solicite al juez la reanudación del proceso, alegando que la información dada por el testigo de la corona no fue eficaz.

Sin embargo, podemos decir que la eficacia y la utilidad de la colaboración no puede ser fijado de modo general, sino caso a caso. No cualquier dato del delator autoriza su aplicación. Debe ser una información importante que tenga incidencia sobre el proceso, que le permita a la autoridad llegar a conocer detalladamente información para esclarecer hechos. Información que evite la ejecución de delitos futuros, lo que explicamos a continuación.

Información esencial que evite la ejecución de delitos

La información brindada debe resultar idónea a efectos de impedir delitos graves, Mata (2014) comenta al respecto; “En este supuesto no se exige que se demuestre necesariamente la participación de otros imputados, basta que se interrumpa la continuación del delito permanente o se impida la ejecución futura de otras delincuencias” (p.89)

Por otra parte, Gonzaga y Jiménez (2010) señalan

Esta referida a que las revelaciones que otorgue el imputado resulten idóneas a los efectos de impedir la ejecución y reiteración de crímenes violentos, graves o realizados por bandas organizadas. Así, en primer lugar, destacan en este supuesto los delitos permanentes en curso, como es el caso del secuestro, por ejemplo, que podría hacerse cesar con los datos proporcionados por uno de los imputados, cuando a través de sus informes logre ubicarse el paradero y rescate del rehén y, en segundo lugar, aquellos delitos cuya consumación pretende llevarse a cabo conforme con un plan previo, en el que, incluso, el colaborador pudo haber participado, interviniendo, por ejemplo, en la adquisición de explosivos y armas de fuego que se utilizarían en la realización de un robo, por parte del grupo delictivo al que pertenece.

Esclarecimientos de hechos investigados o conexos

A diferencia del supuesto anterior, en el esclarecimiento de hechos, según Gonzaga y Jiménez (2010), la ayuda brindada por el imputado está orientada en la acreditación de delitos ya consumados.

Podría suceder que el colaborador suministre información para esclarecer el hecho en el que participó con otros sujetos, o bien en delitos conexos en los que pudo o no haber participado. Otra situación en la que podría aplicar este supuesto sería aquella caracterizada por las complicaciones enfrentadas por la fiscalía, no tanto para

individualizar a los autores, sobre lo cual podría tener convicción, sino por la carencia de pruebas suficientes para acreditar la totalidad de los crímenes o la existencia de algunos de los más graves, las que promete entregar el imputado a cambio del abandono de la persecución en su contra (238).

Seguidamente, se hace referencia al grado de reprochabilidad del testigo de la corona, para que el criterio sea aplicado, quien lo solicita además de cumplir con lo ya explicado su participación en la conducta delictiva debe tener un reproche menor que al coimputado.

Grado de reprochabilidad

Parte de los requisitos esenciales para otorgar el criterio de oportunidad contemplado en el artículo 22, inciso b, del Código Procesal Penal es que la conducta de la persona que va a colaborar sea menos reprochable que los demás hechos con los que su información facilite su persecución. El criterio del testigo de la corona tiene como finalidad primordial la eficaz represión de la delincuencia de mayor reprochabilidad.

La Sala de Casación Penal en el voto 0737- 2001 con respecto a la reprochabilidad ha dicho;

El criterio de oportunidad tiene como presupuesto lógico que la persona a cuyo favor se aplica incurrió, efectivamente, en un hecho punible, sea como coautor o partícipe y que puede ser el mismo delito principal que se investiga u otro distinto, siempre y cuando sus actuaciones ameriten un reproche menor que aquel que corresponde a las personas que serán sometidas al proceso. Se trata de un presupuesto lógico, pues el propósito del instituto es precisamente prescindir de la persecución penal en contra del “colaborador”, que de otro modo también tendría que enfrentar el proceso y sus consecuencias. El tema medular sobre el que habrá de hacerse un juicio con miras a determinar si puede recurrirse al criterio que se comenta, es la reprochabilidad de la conducta concreta del “colaborador” en el hecho que se investiga o en el relacionado con él y su menor entidad al compararla con la de las restantes personas en cuya persecución se coopera...”

Para determinar el grado de reprochabilidad es una situación meramente casuística, por ende, cada caso requiere un análisis exhaustivo de todo el cuadro fáctico para poder determinar el grado de reprochabilidad de quienes se encuentran involucrados en determinado delito.

Una vez aclarados, los presupuestos exigidos por la legislación, es necesario explicar el procedimiento mediante el cual se solicita la aplicación del criterio.

Requisitos y procedimiento para solicitud de criterio de oportunidad del testigo colaborador

La lectura del artículo nos permite reconocer que el primer requisito es que la solicitud cuente con la aprobación del Superior Jerárquico, textualmente “previa autorización del superior jerárquico, 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” (Código Procesal Penal).

Según la estructura interna del Ministerio Público y su ley orgánica, los fiscales adjuntos serían los encargados en principio de autorizar la solicitud para que se aplique un criterio de oportunidad. Dicha solicitud debe formularse en legajo aparte, el cual debe ser remitido al órgano jurisdiccional a efectos de que éste valore su aprobación. Es importante rescatar que toda la negociación del testigo de la corona y el Ministerio Público permanece un inicio en secreto; lo cual ha sido objeto debate respecto si constituye una lesión al derecho de defensa de los coimputados, la Sala Tercera se ha referido en cuanto a este tema y se expone seguidamente.

Confidencialidad de las negociaciones del acuerdo

En este sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 114 de las 15:05 hrs del 20 de febrero del año 2006, se ha pronunciado sobre la confidencialidad del acuerdo, por lo que se debe tramitar en legajo aparte;

Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió. El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y –eventualmente- la que la extingue en el caso de que la información haya satisfecho las expectativas del Ministerio Público, debe integrar un legajo aparte y ser custodiado por el ente acusador con el fin de que se garantice su carácter confidencial.

El artículo 22 del Código Procesal Penal establece la confidencialidad del acuerdo mediante el cual conviene aplicar el criterio de oportunidad. Esto implica que todas las declaraciones que brinden los imputados que se acogen a dicho criterio serán confidenciales durante toda la etapa preparatoria, para lograr una eficaz represión de la delincuencia de mayor reprochabilidad.

La confidencialidad del acuerdo se suspende en el momento que las declaraciones son utilizadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de incorporación de prueba que establece el Código Procesal Penal y en virtud del derecho de defensa de los demás imputados en el proceso.

La persona a quien se le aplica el criterio de oportunidad deberá tener una protección especial. En estos asuntos se hace necesario velar por la confidencialidad del caso, lo cual no implica que se deje en indefensión la o las personas imputadas según sea el caso, ya que estos tienen el derecho de conocer toda la prueba que tenga el Ministerio Público en su contra.

Pero sí se toma ciertas medidas como, por ejemplo, que las negociaciones que haga el Ministerio Público con el imputado arrepentido no consten en el legajo principal, a fin de velar por la integridad del imputado colaborador, ya que no solo se pone en riesgo no solo la integridad del sujeto, sino que también podría verse menoscabado el proceso penal. Cuando este sujeto (imputado arrepentido) es clave para lograr llegar al objetivo que se plantea en la correspondiente acusación donde su declaración es vital, para llegar a buen término.

Necesariamente la aplicación de los criterios de oportunidad, producen un efecto, el efecto principal o el más buscado es el desistimiento de la persecución penal, sin embargo, existen varias posibilidades las cuales abordamos próximamente.

Efectos de la aplicación del criterio de oportunidad del imputado colaborador

Cuando se autoriza la aplicación un criterio de oportunidad en determinado caso necesariamente se produce un efecto, en los casos de los incisos a) y c) del artículo 22, es la extinción de la acción penal, dispuesta en los artículos 23, párrafo primero y 30, inciso d) del Código Procesal Penal.

Cuando se trate de la aplicación de los criterios de oportunidad establecidos en los incisos b) y d) del artículo 22, se suspende el ejercicio de la acción penal pública, suspensión que se mantendrá hasta quince día después de la firmeza de la sentencia respectiva, momento en que el tribunal deberá resolver de manera definitiva sobre la prescindencia de esa persecución, previo análisis de la eficaz colaboración del imputado en el proceso según los requerimientos del Ministerio Público, y si a criterio de éste su colaboración no fue satisfactoria, deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento.

Por otra parte, el artículo 24 del Código Procesal Penal establece el momento procesal oportuno para gestionar los criterios de oportunidad, “los criterios de oportunidad podrán solicitarse hasta antes de que se formule la acusación del Ministerio Público”.

Suspensión de la Acción Penal

Una vez perfeccionada las negociaciones entre el imputado colaborador y el Ministerio Público y se considera la aplicación de este criterio, es que se procede con la suspensión de la acción; resulta importante aclarar algunos puntos al respecto, del voto 392 – 2009, emitido por la Sala Tercera se explica que los efectos de las negociaciones que realizadas por el Ministerio Público con el *Imputado Colaborador* son de carácter provisional y no vinculan al juzgador.

También resulta conveniente señalar que dicha suspensión de la acción penal no implica la suspensión de la investigación por parte de la Fiscalía, la medida de suspensión se mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia dictada en la causa que el imputado presentó su colaboración. Momento procesal en el cual el Tribunal de Juicio decide si continúa con la prescindencia de la acción o no.

Dicha prescindencia tomara firmeza solo sí se cumplen las condiciones necesarias, es decir, se cumpla con las expectativas estipuladas por la norma, que indica que debe ser esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

Por el contrario, no podrá darse el siguiente efecto que será la extinción de la acción penal. Así como tampoco procederá la extinción definitiva de aquella cuando el imputado no declare en el debate o bien declare información irrelevante, diferente a la pactada, que no sea útil, esclarecedora o pruebe la participación de los imputados. En estos casos el Ministerio Público deberá solicitar al Tribunal que ordene reanudar el proceso.

Extinción de la Acción Penal

Según el artículo 30 del Código Procesal Penal la acción penal se extingue, “la acción penal se extinguirá por las causas siguientes: (...) la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y las formas previstos en este Código”.

Todo criterio de oportunidad que se haya constituido conforme a derecho y en el cual el colaborador haya cumplido con lo pactado, es decir brinde información útil, tiene como efecto la extinción de la acción penal-

Es el Tribunal quien decide en forma definitiva sobre la procedencia de la extinción de la acción penal, siendo así lo que procedería dictar un sobreseimiento definitivo, lo cual llevaría eventualmente al cierre del proceso, a favor del imputado delator.

Suspensión de la Prescripción

El artículo 34 del Código Procesal Penal establece como causal de suspensión del cómputo de la prescripción, entre otros, cuando se haya suspendido el ejercicio de la acción penal en virtud de un criterio de oportunidad, según lo indicado en el inciso e) de dicho cuerpo normativo.

Para Mata (2014), debe suspenderse el plazo “desde que quede en firme la resolución jurisdiccional que admite la solicitud del Ministerio Público de aplicar el criterio de oportunidad del Testigo de la Corona, en cuyo caso, se suspende no solo la acción penal, sino que también, consecuentemente, el plazo de prescripción” (p.106).

Etapas de Juicio: ¿Testigo o Imputado?

Cómo se debe llamar al colaborador durante la etapa de juicio podría representar algún tipo de confusión, “hay que indicar que cuando se otorga el criterio de oportunidad conocido en la jerga popular como testigo de la corona, es decir, cuando la Fiscalía llega a un acuerdo con dicho imputado, quedará supeditado a las repercusiones que tenga su declaración en la sentencia

que se emita, en otras palabras, cuando su declaración cumpla con el objetivo planteado por el Ministerio Público” (Madriz, 2014 p.8)

Es decir, el imputado mantendrá dicha calidad, aunque durante el proceso la persecución penal de la acción delictiva en la que pudo eventualmente ser partícipe quedará suspendida, es por ello que no se le puede considerar como testigo.

La misma autora señala que ya se ha dirimido ese punto en varias sentencias, debido a reclamos tales como si el imputado arrepentido deberá o no ser juramentado, por eso es que hay que dejar claro que durante todo el proceso penal, dicho sujeto va a considerarse como imputado y no como testigo, salvo que vaya a referirse a hechos donde no estuvo involucrado, en cuyo caso sí podrá ser llamado como testigo.

En el entendido de que el imputado colabora cuando haga referencia a hechos donde él se encuentre inmiscuido, al ser considerado imputado no se le debe juramentar, ya que nadie tiene por que declarar contra sí mismo como bien lo dice la norma en el artículo 92 del Código Procesal Penal sobre las advertencias previas a rendir declaración, así como el artículo 96 sobre prohibiciones como el de hacer juramentación, ni promesa de decir verdad, entre otras.

Como corolario, el sujeto colaborador no pierde su condición de imputado por declarar como testigo de la corona; resulta importante aclarar que la acción penal se puede extinguir, pero las obligaciones civiles no por lo que resulta conveniente, explicarlo en el siguiente apartado.

Responsabilidad civil del hecho punible

Los criterios de oportunidad tienen una injerencia precisa dentro de la aplicación de la acción penal y por ende, del reproche imponible al infractor o transgresor de la norma. Al ser esa a la dirección y siendo esta tan delimitada, se da la situación de que las responsabilidades civiles emanadas del hecho punible, subsisten pese a existencia de la aplicación de un criterio de oportunidad en favor del imputado.

En doctrina se conoce como la responsabilidad civil objetiva a la responsabilidad derivada de las afectaciones que sufre una persona a causa del actuar de otra. La responsabilidad en esta línea está tutelada por parámetros a los cuales el derecho penal no tiene acceso, y es por eso que los criterios de oportunidad se limitan a eliminar o mitigar el reproche por la conducta desplegada, pero las responsabilidades civiles subsisten.

Peralta, (2009), menciona en su libro el Principio de Oportunidad, las razones del porque la pretensión civil debe plantearse en la jurisdicción civil, según el criterio de la Sala Tercera. Primeramente, al ser una acción accesoria, de modo que, al ponerse término a la acción penal, antes de llegar a juicio, no podría seguir en sede penal la acción civil. Como segundo punto se indica que al no haberse verificado la audiencia del debate no podría emitirse pronunciamiento sobre el reclamo civil, ya que de hacerlo se violentaría el derecho de defensa.

De igual manera se puede resaltar la obligatoriedad que impone el código procesal penal al ministerio público, en la que se le impone el deber de comunicar al actor civil los aspectos de la acusación, por lo cual queda claro que la acusación es pertinente al Ministerio Público, sin embargo, la acción civil es pertinente al actor civil.

Esta diferenciación es clave para comprender la responsabilidad civil, puesto que puede subsistir una sin la otra, es decir se podría perfectamente aplicar un criterio de oportunidad que exime responsabilidad penal pero la responsabilidad civil subsistiría. Esta figura tiene sustento cuando se desarrolla la figura del actor civil, la cual está dispuesta en el artículo 37 del Código Procesal Penal, el cual señala:

El ejercicio La acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.

La división entre los aspectos penales y civiles es clara, sobre todo si se analiza la norma procesal penal pertinente la cual divide las responsabilidades, aunque es el mismo Juez penal el que las va a resolver, según el artículo 359;

El juicio sobre la pena o las consecuencias civiles comenzará con la lectura de la primera parte de la sentencia. Luego el tribunal procurará la conciliación en lo que se refiere a las pretensiones civiles. A continuación, se recibirá la prueba que se haya ofrecido para individualizar la pena o las consecuencias civiles, y proseguirá, de allí en adelante, según las normas comunes. Al finalizar el debate, el tribunal dictará la resolución sobre la pena y la responsabilidad civil y conformará la sentencia completa, según las reglas previstas para esa resolución. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de la notificación integral. Si se ha ordenado un juicio de reenvío sólo para determinar la pena o las consecuencias civiles, se aplicarán las mismas reglas.

El sustento civil de las reparaciones de los daños civiles, es un derivado de lo correspondiente a los artículos 1046 del Código Civil,

La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasi-delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.

Cabe destacar que los daños civiles que son exigibles por la vía penal, deben de estar ligados por medio de un nexo de causalidad entre el aparente hecho punible y el aspecto civil transgredido, y precisamente de examinar ese vínculo se encarga el Juez Penal, en el debate cuando versan en la vía penal.

Aspectos jerárquicos dentro del Ministerio Público

Después de haber hecho el fiscal toda una exégesis al respecto de los elementos desarrollados hasta este punto, y el considerar que tanto el cuadro fáctico como las condiciones personales del sujeto se consideran viables para la aplicación de un criterio de oportunidad, por imputado colaborador o testigo de la corona, se deben de cumplir con ciertos filtros internos.

El primero de ellos, es el someter la disposición del fiscal a cargo del caso, de aplicar el criterio de oportunidad en favor de un imputado, sometiendo dichas disposiciones a la aprobación del superior jerárquico interno, generando así un control de orden vertical, y generando una revisión de los presupuestos que sustentan la viabilidad de la aplicación del instituto.

En este sentido la circular 02PPP del 2008 ha estimado: “La autorización jerárquica para aplicar cualquiera de los criterios de oportunidad establecidos en el artículo 22 del Código Procesal Penal, solamente puede ser concedida por la titular o por el titular de la Fiscalía Adjunta”

Al respecto la Sala Constitucional ha manifestado:

En consecuencia, corresponde al Fiscal decidir respecto de la conveniencia de aplicar o no un criterio de oportunidad... No obstante, el tribunal del procedimiento intermedio no puede aceptar esa solicitud sin la aprobación del Ministerio Público, que según se dijo, debe contar con la aprobación del superior jerárquico. Constituye un deber y atribución del Fiscal General el establecer la política general del Ministerio Público y los criterios para el ejercicio de la acción penal (artículo 25 inciso a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público. (Sala Constitucional. Voto 12090, 2009).

Es fácilmente perceptible, que el fin de cumplir con una revisión de orden vertical a nivel interno del Ministerio público, busca, limitar la posibilidad de que elementos ajenos al derecho sean los que estén generando los insumos para la aplicación del criterio de oportunidad, generando la mayor transparencia en el actuar.

Control Jurisdiccional

Sobre el control jurisdiccional, la Sala Constitucional ha desarrollado lo siguiente:

El análisis que ha de hacer el tribunal para autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad, debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales

establecidos por el legislador. La autorización del juez excluye la realización de un análisis de la conveniencia u oportunidad de la medida, dado que no puede sustituir la decisión del Fiscal, que es el encargado del ejercicio de la acción penal, es a él a quien se le atribuye la responsabilidad, pues ello conlleva a desnaturalizar –dentro del sistema por el que se ha optado (el acusatorio)- la función de juzgador que le corresponde, debiendo esperar a ser debidamente excitado por el órgano requeriente para poder actuar. (Sala Constitucional. Voto 2662, 2001)

Se inviste al Juez penal, con el fundamental deber de ser un supervisor de legalidad, limitándose a que la imposición del criterio de oportunidad, cumpla puntualmente con los requisitos normativos que la figura requiere, situación digna del sistema acusatorio que ostenta Costa Rica, en el cual se da un efectivo balances de pesos y contra pesos, en los cuales, al menos en teoría el Juez se mantiene objetivo, neutral y sin participar en las en la fase de investigación, siendo la persona idónea para el control de legalidad.

Lo primero es el destacar en cuanto al control jurisdiccional que hace el juez de la figura, Del testigo principal del imputado colaborador, es la disposición establece el numeral 22 del código procesal penal, el cual establece que la solicitud de la fiscalía para aplicar el criterio de oportunidad del testigo de la corona a alguno de los imputados, deben formularse por escrito ante el tribunal, quién resolverá lo correspondiente según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio. Dicha solicitud se ve plasmada a su vez en el artículo 317 inciso d), del mismo cuerpo normativo, el cual señala,

Facultades y deberes de las partes Dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo tras anterior, las partes podrán:

- a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales.
- b) Oponer excepciones.

- c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba.
- d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.
- e) Ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación.
- f) Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio.

Dentro del mismo plazo, las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

Queda claro que a pesar del control interno que establece la normativa, en cuanto a la deliberación de si se puede aplicar o no de oportunidad en favor de un imputado, por temas de análisis y control jurisdiccional y sobretodo de la legalidad, el mismo debe ser supervisado por el juez penal, al respecto la sala constitucional ha indicado en su voto 2662-2001, Que el juez debe de estrictamente referirse a los aspectos formales en cuanto a la aplicación del instituto, los cuales serían la viabilidad en cuanto al cuadro fáctico previamente desarrollado y una relación en cuanto a los aspectos procesales del sujeto postulante quedaría más a criterio del Ministerio Público.

Hasta un cierto punto es controversial el hecho de que el juez únicamente valore que se cumplan con los elementos formales que establece la norma procesal, Sin embargo, se podría dar el caso en el cual el ministerio público considere que una persona es apta para la aplicación de un criterio de oportunidad en cuanto al fondo del asunto, y que el debate se defina lo contrario, si la persona tiene una mayor participación en el hecho punible.

Desde la perspectiva jurisprudencial se ha indicado sobre la participación del Ministerio Público:

El artículo 16 del Código Procesal Penal dispone que cuando la acción penal es pública la ejerce el Ministerio Público, sin perjuicio de la participación otorgada a la víctima o a los ciudadanos. Se sabe que es pública en todos los delitos que no sean de acción privada (artículo 18 del Código Procesal Penal), o cuya persecución no está condicionada a la instancia privada (artículo 17 del Código Procesal Penal). La acción pública cuyo monopolio ostenta el Ministerio Público es la regla, exceptuada sólo en algunos delitos donde se deja a exclusivo impulso de los ciudadanos afectados, y en otros, aun cuando son de acción pública, ameritan la instancia del particular. (Tribunal de Casación Penal de San Ramón. Voto 1382, 2007.).

Pues situaciones de orden práctico el valorar la viabilidad de la figura, los jueces penales tienen el deber de control de legalidad, sin embargo es cuestionable que el mismo pueda ser ejercido de manera correcta, ya que el juez ratifica la solicitud que realiza el ministerio público pero no conoce los pormenores del caso, por lo cual dos de los elementos descriptivos de la norma procesal no los puede verificar el juez en cuanto a la etapa intermedia, que son la menor participación o reproche y la colaboración eficaz.

Dicha enajenación que tiene el juez para participar en eso, propia de un sistema acusatorio, podría acarrear que, si el instituto es aplicado de manera errónea, en debate salga a luz dicho irregularidad, lo cual podría tanto comprometer la viabilidad del caso como la acusación misma, lo cual podría resultar eventualmente en exclusión del testimonio emitido o incluso la anulación del proceso, dependiendo del caso.

Resulta de suma importancia conocer la jurisprudencia relevante sobre este tema, por lo que se explica a continuación.

El testigo de la corona en la jurisprudencia costarricense

En el presente apartado se pretende exponer las intervenciones realizados por la Sala Tercera y los Tribunales de Apelación con respecto al Testigo Colaborador; en los siguientes párrafos se examina información jurisprudencial desde el 2006 hasta el 2019.

Son varios los temas expuestos por la sala en torno a la figura en estudio, uno de los más explotados por la jurisprudencia costarricense versa sobre la exigibilidad de un menor reproche de la conducta delictiva del testigo colaborador para materializar la aplicación del mismo.

Al respecto la Sala Tercera en la resolución 318 -2019 señala lo siguiente,

En lo que interesa, se hizo ver que no es necesario que el grado de participación de la persona a quien se le otorga el criterio de oportunidad sea menor a la de aquel al que se delata (pudiendo ostentar ambos la calidad de coautor), pues lo relevante es que la conducta sea menos reprochable, atendiendo a lo estipulado en el artículo 23 del Código Procesal Penal, respecto a que la conducta del testigo de la corona debe ser menos lesiva que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

De lo anterior se deduce que no es lo mismo el grado de participación en la comisión del hecho delictivo que la reprochabilidad de la conducta, es decir su actuación debe ser menos lesiva, sin importar el grado de participación que haya ostentado el testigo colaborador.

Por otra parte, en 2014 en el voto número 1030, la Sala Tercera unifica criterios en cuanto al criterio de oportunidad del testigo de la corona e indica,

De igual forma, le da la posibilidad al Ministerio Público de graduar el otorgamiento de ese beneficio, en aras de valorar la reprochabilidad de la conducta frente a la de los demás copartícipes y la efectividad de la colaboración que brinda en la investigación, así como en la obtención de la condena.

Continúa explicando que la graduación del beneficio se encuentra “directamente relacionada con que se prescinda parcial o totalmente de la persecución penal y, por ende, con la eliminación o la disminución de la pena a imponer” (Sala Tercera).

La sala en el voto mencionado, ha explicado la situación de la siguiente forma,

Así, una acción que se despliega por un sujeto acusado de favorecimiento real o personal en la organización delincinencial, no tendrá el mismo nivel de reproche que el que realiza la acción como cómplice del delito más grave, como tampoco se asemeja a la ejecutada por el autor o coautores. Por tanto, debe existir una correlación entre el beneficio ofrecido y el grado de reprochabilidad de la conducta, de manera tal que, se establezca una proporción racional para determinar si se prescinde completamente de la persecución penal o si por el contrario, el ilícito es sancionado de una forma menos rígida, haciendo la propuesta atractiva para el imputado arrepentido, pero que a la vez, resulte acorde para los fines de la justicia, evitándose así, que de forma indiscriminada se aplique la misma medida (de prescindir totalmente de la persecución penal) a todo tipo de partícipe en un delito, obviándose los requerimientos legalmente establecidos para la aplicación de este instituto.

Ello implica, claramente, que la participación en el delito que se investiga, del llamado testigo de la corona o imputado arrepentido, debe ser menos lesiva para el bien jurídico tutelado, que aquellas conductas que desplegaron otros de los coautores del hecho investigado.

Este punto ya ha sido resuelto por la Sala Tercera, en la resolución N° 1712-13, de las 14:20 horas, del 22 de noviembre de 2013,

Aclarado lo anterior, procede entonces determinar si, en aquellos casos en que el testigo de la corona pudiera ser objeto, por su actuar delictivo, de un grado de reproche mayor a alguno o algunos de los autores o partícipes del hecho, su declaración puede ser valorada por el Tribunal en contra de estos autores o partícipes. A criterio de esta Sala, no existe en la legislación límite alguno que determine que la declaración del testigo de la corona pueda ser valorada con respecto a los coimputados cuyas acciones hayan sido de mayor o menor reproche. [...] Así, puede ser testigo de la corona el coautor con un grado de reproche menor al de otros coautores [...] pero no puede serlo, por ejemplo, el cabecilla de la organización cuando su grado de reproche es el más alto en relación con los demás autores, dados los hechos que cometió, pues ello fomentaría la impunidad.

Según la Sala, la voluntad del legislador, al momento de crear la norma del artículo 22, fue darle al Ministerio Público un medio probatorio que facilitara la investigación en casos de suma gravedad y complejidad, al tiempo que, a aquel acusado, que, tras la comisión del hecho delictivo, decida cooperar con la Administración de Justicia, otorgarle un beneficio en su favor, sea la disminución de la pena o la ausencia de ella.

Es importante rescatar en este punto, que la Sala de Casación Penal, en el voto 1030-2014, realizó una interesante interpretación respecto de la reprochabilidad de la conducta del testigo colaborador:

Al interpretar la frase “...siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita...”, carece de lógica suponer que el ente fiscal – dentro de los límites del inciso b.) ya señalados-, pueda solo negociar con el partícipe cuya reprochabilidad sea la más exigua dentro del grupo que actuó en la comisión del delito, pues probablemente esta persona tendrá muy poca o ninguna información sobre aspectos esenciales de la investigación (dominio del hecho, por ejemplo). Tendría el Ministerio Público que dejar de lado la voluntad de cooperar de algún otro imputado cuyo grado de reproche sea superior al de algunos de los actores, pero notoriamente menor al de otros, y que posea información valiosa para resolver el caso y sentar la responsabilidad penal.

Es decir, aunque la reprochabilidad del testigo colaborador sea mayor a la de algún imputado, pero debe ser notablemente menor, frente a la de otros, bajo esta misma tesitura el voto 510- 2015 de la Sala de Casación Penal, resaltó,

La norma, lo que pretende, es que no se fomente la impunidad para aquellos acusados que, pese a la alta reprochabilidad de su actuar delictivo, pretendan evitar una sanción penal cooperando con el Ministerio Público, mas no implica ello que su declaración no pueda abarcar todos los aspectos y detalles de los hechos que se investigan, incluyendo las acciones de aquellos imputados cuyas acciones fueron menos reprochables que la

propia. Así, puede ser testigo de la corona el coautor con un grado de reproche menor al de otros coautores (...), pero no puede serlo, por ejemplo, el cabecilla de la organización cuando su grado de reproche es el más alto en relación con los demás autores, dados los hechos que cometió, pues ello fomentaría la impunidad.

Esta evaluación de la reprochabilidad se refiere a la culpabilidad, de tal forma que quien colabora debe merecer un juicio de reproche o de culpabilidad menor que el autor principal respecto del cual presta la colaboración. Esta posibilidad constituye una herramienta de gran utilidad para el Ministerio Público, que puede emplear, no en la generalidad de los casos, sino sólo en aquellos en que se den las circunstancias que prevé la norma, a saber, delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja. Así, sí es posible otorgar un trato diferenciado a imputados de un caso, cuando se trata de la valoración de determinados aspectos personales y particulares de cada uno de ellos, a la luz de parámetros objetivos y generales como los establecidos en la norma procesal de cita. La disposición que contiene el inciso b) de este artículo 22, no busca instituir una irrazonable impunidad, pues lo que pretende es lograr, en delitos especialmente graves, la identificación y enjuiciamiento de los autores que merecen mayor reprochabilidad. Este objetivo político-criminal no supone una lesión a la tutela judicial efectiva, pues la figura del imputado-colaborador lo que pretende es que la tutela de los intereses colectivos tenga mayor relevancia en casos en los que generalmente impera la impunidad.

Lo anterior es de vital importancia, ya que sólo a partir de un correcto juicio de reprochabilidad es que se puede justificar un trato desigual a dos imputados, en virtud de la aplicación de un criterio de oportunidad, donde uno es condenado, por la declaración del otro.

Por otra parte, el Tribunal de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José en la resolución 1620 del 2015, señala en cuanto al control jurisdiccional y la menor reprochabilidad que

Es uno de los presupuestos esenciales que debe verificar el juez al aprobar la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad: “El criterio de oportunidad basado en la cooperación que uno de los partícipes del delito suministre para perseguir a los demás (o a los de otra ilicitud más grave), constituye una forma de extinguir la acción penal respecto del colaborador, procede en casos de delincuencia organizada, criminalidad violenta (como el homicidio aquí investigado), delitos graves o de tramitación compleja y demanda otras dos condiciones esenciales: que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita y que los informes que proporcione satisfagan las expectativas pretendidas. Desde luego, el cooperador puede ser un partícipe del mismo delito a perseguir (procesalmente: un coimputado) o autor de otro hecho punible menos grave.

Por último, en cuanto a la reprochabilidad de la conducta, según el Tribunal, funge como un límite del ejercicio de la discrecionalidad al respecto:

Si bien, la ley le otorga al ente fiscal un amplio margen de negociación e incluso la potestad para prescindir total o parcialmente de la persecución penal, también es cierto que fija un límite para el ejercicio de esa discrecionalidad, en tanto advierte que el beneficiado deberá tener una conducta menos reprochable que la que se imputa a los demás copartícipes del hecho que se pretende cesar o probar.

Con respecto al procedimiento, la Sala Tercera ha aclarado algunos aspectos, el principio de oportunidad contemplado en el ordenamiento jurídico como excepción del principio de legalidad, posee una serie de condiciones para efectos de procedencia, según lo dispuesto por el legislador. Esencialmente en todos los casos se requiere la autorización del superior jerárquico del fiscal que promueve el acuerdo.

Le corresponde al Ministerio Público, quien detenta el ejercicio de la acción penal, determinar si negocia la aplicación de este criterio de oportunidad con alguno de los imputados de la causa, y consigue para su haber probatorio el dicho del testigo de la corona y como se indica

en el numeral 23 del Código Procesal Penal, quedará la aplicación de los efectos del criterio de oportunidad, sometida directamente a que su declaración resulte de utilidad a los intereses del fiscal. Según la resolución Resolución 795 de 2009,

El procedimiento para aplicar el criterio de oportunidad en esta hipótesis comprende la autorización del superior jerárquico del fiscal (v. gr.: el fiscal adjunto, respecto del fiscal auxiliar), quien deberá solicitar al juez de la etapa intermedia la aprobación del criterio de oportunidad. Si el juez lo admite, tras constatar la concurrencia de los presupuestos esenciales (el tipo de criminalidad, la menor reprochabilidad de la conducta del colaborador y la autorización del fiscal competente del Ministerio Público), decretará la suspensión del ejercicio de la acción penal pública, la cual se mantendrá en ese estado hasta quince días después de la firmeza de la sentencia dictada contra los demás imputados (es decir: aquellos a los que se pretende sancionar con la ayuda del colaborador), momento en el cual deberá resolverse en definitiva si se extingue la acción penal en virtud del criterio de oportunidad

Por otra parte, el voto 1030- 2014 de la Sala de Casación Penal, realiza un análisis sobre el principio de libertad probatoria y al respecto señala,

Además, el principio de libertad probatoria permite a la parte interesada, aportar la prueba prudente para sustentar su teoría del caso y, una vez aplicado el criterio de oportunidad, el dicho del testigo de la corona es prueba legítima. Aunado a ello, el Tribunal debe valorar esta declaración, como cualquier otra, con vista en el resto de las pruebas aportadas, tanto de cargo como de descargo, de lo que resultará un criterio judicial acorde a la situación de cada imputado. Así, no existe límite jurídico alguno que prevea que el testigo de la corona deba restringir su declaración a aquellos hechos cometidos sólo por los imputados que merecen mayor reproche, ni que el Tribunal, de primera mano y sin análisis previo, deba obviar para el dictado de la sentencia, lo pertinente a los acusados cuyo reproche pueda ser menor al del testigo de la corona. [...].

Bajo esta misma línea procesal, existe un punto interesante sobre la competencia que tiene el Tribunal de Juicio para verificar el cumplimiento de los requisitos legales contemplados para aplicar un criterio de oportunidad, en este sentido el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José mediante la resolución 1620 de 2015 realizó un análisis sobre este tema.

Hablamos de dos cuestiones diversas. Por un lado, *la oportunidad* -ámbito de discrecionalidad del órgano requirente en la selección de los asuntos donde solicita la aplicación de los criterios- y por otro, los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico para que esa aplicación tenga lugar. Así como el Ministerio Público es libre para determinar cuándo es oportuno prescindir o limitar la persecución penal a cambio de obtener la colaboración de un imputado, sin que nadie, órgano público o no, le puede obligar a pactar si no lo desea, es al juez a quien le compete corroborar que, en los casos seleccionados por el órgano requirente, se hayan satisfecho todos y cada uno de los requerimientos contemplados por el legislador.

En cuanto al órgano que debe ejercer ese control, si bien en principio debe ser el juez penal, pues la solicitud debe seguir el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio (art. 22, último párrafo C.P.P.), nada impide que el tribunal de juicio, u otros órganos que conocen del asunto a raíz de una impugnación, asuman esa tarea. Y es que, además del examen que debe efectuar el juez penal, destinado a determinar la procedencia y aplicación del criterio, también tenemos el control que *a posteriori* debe ejercer el tribunal de juicio, destinado a determinar si resulta procedente recibir la declaración del arrepentido, así como el que podrían llegar a ejercer el tribunal de apelación y la propia sala de casación, con el propósito de establecer si esa declaración puede desplegar efectos jurídicos y probatorios en relación con el sujeto contra el cual se declara. Por tanto, el control efectuado por el juez penal no es excluyente de aquel que puedan hacer otros órganos jurisdiccionales, sea de oficio o a solicitud de parte. (Tribunal de Apelaciones II Circuito Judicial de San José)

Resulta importante, rescatar lo señalado por los lineamientos jurisprudenciales con respecto a la confidencialidad del acuerdo entre la Fiscalía y el Testigo Colaborador, el artículo 22 in fine, señala, “ No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado, no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.” (Código Procesal Penal).

En este sentido en el voto 404 de 2006 de la Sala de Casación Penal, se establece,

Es imperioso que el procedimiento que se lleve a cabo a partir de esa disposición, cuide – en la medida de lo posible- a ese testigo, sin dejar de lado -claro está- el derecho de todo imputado de conocer cuál es la prueba que tiene en su contra. Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió. El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y –eventualmente- la que la extingue en el caso de que la información haya satisfecho las expectativas del Ministerio Público, debe integrar un legajo aparte y ser custodiado por el ente acusador con el fin de que se garantice su carácter confidencial (Sala Tercera).

Por otra parte, el Tribunal de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José en la resolución 1620 – 2015, con respecto a la confidencialidad del acuerdo agrega “la negociación escapa del control de los otros imputados, no es un derecho que les pertenezca y es un negocio privado entre el Ministerio Público, el defensor y el colaborador, por ende, el acuerdo no tiene la obligación de publicidad”.

Con respecto al convenio la resolución 1030 de 2014 de la Sala Tercera, señala al respecto,

A partir de la concreción efectiva de la acción que se le imputa y de la esencialidad y trascendencia en el resultado lesivo, se fijan los parámetros lícitos y proporcionales que demarcarían el convenio entre las partes; a saber, Ministerio Público, abogado defensor e imputado arrepentido o colaborador (...) Además indicó que los acuerdos no son públicos ni participan terceros no interesados en la transacción, al punto que se maneja en legajo separado e independiente.

En este sentido, el Código Procesal Penal, le ha otorgado un amplio margen de discrecionalidad al Ministerio Público, para negociar dentro del proceso penal, evaluando la pericia en cada caso.

Por último, de acuerdo con la confidencialidad del acuerdo resulta conveniente señalar lo indicado en el voto 476 – 2012 de la Sala Tercera.

Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió.

El último punto jurisprudencial que se desarrolla en el presente acápite es el de la condición suspensiva de la extinción de la acción penal, en este sentido el voto 862 – 2016 de la Sala Tercera, señala que se “deja precisamente en suspenso la extinción de la acción penal, pues será hasta finalizar el debate que se podrá establecer si la colaboración del imputado puede estimarse como legalmente aceptable y decisiva”.

Al respecto el artículo 23 del Código Procesal Penal señala “se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad. Esa suspensión se mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia respectiva, momento en que el tribunal deberá resolver definitivamente sobre la prescindencia de esa persecución. Si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento”.

Es decir, una vez declarada la suspensión del proceso para el imputado colaborador, el beneficio a otorgar por el Ministerio Público, queda condicionado a que, su colaboración satisfaga las expectativas del Ministerio Público so pena de reanudarse el proceso.

Sobre eso la resolución 318-2019 de la Sala Tercera, establece que,

Asimismo, se señaló que la aplicación de los efectos del criterio de oportunidad queda sometida a que la declaración del testigo de la corona sea útil a los intereses de la persona fiscal, quien es el que, en representación del Ministerio Público, detenta el ejercicio de la acción penal. Se deja claro, que el otorgamiento del criterio de oportunidad obedece a razones de política criminal y que, además, el testimonio debe resultar útil a los efectos del proceso.

Por otra parte, si el tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. “Si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento. Con base en esta línea de pensamiento, debe analizarse, conforme al caso concreto, si es procedente la aplicación del criterio de oportunidad a favor del imputado”. (voto 1030-2014, Sala Tercera).

En igual sentido, la Sala en el voto 476-2012, ha explicado “en razón de que la acción penal contra el *"colaborador"* se encuentra suspendida supeditada a las resultas del juicio, la declaración que brinde el *testigo de la "corona"* en debate en contra de los otros acusados debe realizarla en calidad de imputado y con respeto a las garantías que ello conlleva”.

Es decir, los efectos del convenio que suscriba el Ministerio Público con la persona imputada, son meramente provisionales, y adquieren firmeza hasta que el Tribunal de Juicio determine en forma definitiva si procede.

Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito Judicial de San José en el fallo 1620-2015, se ha pronunciado respecto de esta condición suspensiva,

El rechazo del acuerdo no puede fundarse en una determinación fáctica y jurídica que no se desprende de la acusación y del acuerdo; es por esta razón que el artículo 23 del c. p. p. deja en suspenso la extinción de la acción penal, autorizándolo hasta después que se ha celebrado el juicio, que es la oportunidad en que el tribunal, en el ejercicio pleno de sus potestades, una vez recibida la prueba conforme a los principios constitucionales que legitiman su recepción y valoración, determina si la colaboración es legalmente aceptable, definiendo dos puntos: a) si se trata de una persona cuya acción en la acción delictiva es menos reprochable que la que facilitó a resolver y en segundo término; b) si la colaboración brindada por el testigo colaborador, ha sido decisiva.

La evaluación de estos parámetros no los puede hacer antes de la celebración del debate, como los hizo el tribunal de juicio, construyendo una hipótesis acusatoria sobre la que no tenía ninguna intervención, como bien lo define el Código Procesal Penal al reconocer, como corresponde, que la eventual responsabilidad del testigo de la corona debe resolverse hasta después de que se ha celebrado el debate (ver párrafo segundo del artículo 23 del c.p.p.).

En el mismo fallo, se continúa explicando que el sobreseimiento definitivo sobrevendría, una vez que el fallo, ha adquirido firmeza. En el voto se concluye,

Por todo lo expuesto, esta cámara concluye que la aplicación del criterio de oportunidad contemplado en el artículo 22 inciso b) del C.P.P. está sometido a control jurisdiccional y que por ende el tribunal, sea el juez penal, el tribunal de juicio, e inclusive los órganos de apelación de sentencia y casación, cuando así corresponda, debe comprobar el cumplimiento de todos los requisitos que el legislador exige para tales efectos. No se trata de suplantar al fiscal en la elección de los casos en los que, por razones de política criminal, considera que se debe prescindir de la persecución penal, sino de garantizar que en aquellos que sean elegidos por el órgano requirente, se cumpla con las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico para tales efectos (Tribunal de Apelaciones Segundo Circuito).

Lo expuesto anteriormente, constituye una síntesis de toda la jurisprudencia relevante, sobre la figura del imputado colaborador.

Circulares emitidas por el Ministerio Público en cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad

El Ministerio Público ha girado una serie de directrices con respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad, al respecto la última emitida en torno al tema data de hace más de diez años, en el presente apartado se expone una breve reseña de las mismas. A saber, CIR- ADM- 01-1998; CIR-ADM-02-1998; CIR-ADM- 29-1999; CIR-ADM-2005 Y CIR-ADM-07-2008.

Circular 01- 1998. Sobre la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal

En esta directriz el Ministerio Público emite ciertas reflexiones con respecto a las reformas introducidas con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. En virtud de la diversidad de soluciones alternativas del conflicto que el mismo ofrece, el ente acusador se vio obligado a realizar un análisis exhaustivo de las mismas para emitir ciertas directrices al respecto, en lo que nos interesa para la presente investigación con respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad, se ha pronunciado en la circular 01- 1998 de la siguiente manera:

Dentro de nuestra práctica judicial es el campo de los delitos de narcotráfico, en los que se ha aplicado al menos sutilmente el principio de oportunidad, con fines investigativos. Lo importante para la aplicación de este inciso lo es la existencia de una política de persecución penal previamente establecida, tendente a combatir la criminalidad no convencional. Y que cada Fiscal, previo a aplicar esta discrecionalidad cuente con una estrategia de investigación. No se pretende con esto solamente obtener declaraciones de coimputados, sino que estos proporcionen información valiosa que permita la persecución de los verdaderos generadores del tipo de delincuencia que se pretende atacar. No debemos olvidar la importancia de este instituto por lo que esta Fiscalía General de la República asume la obligación de establecer pautas generales que permitan que el mismo sea eficaz, y no un mecanismo de "burla" por parte de los acusados. (p.24).

En principio las reflexiones del Ministerio Público (1998), giran en torno a los requisitos sustanciales exigidos por la ley, sobre esto; “en primer lugar, debe tenerse claro, que el sujeto que se dispone a colaborar no sea el “autor intelectual”, “cabecilla”, “director”, entregando a simples colaboradores, con una actuación limitada. Sobre este punto en particular el artículo se refiere a aquellos hechos que resulten más leves en relación a los que se pretende perseguir” (p. 24).

Por otra parte, y en cuento al procedimiento tal cual lo indica la ley, la circular 01-1998 agrega;

En su aplicación se requiere que el Fiscal Adjunto analice la situación y autorice la aplicación del instituto bajo presupuestos claros. Además, es necesario que contra el imputado que pretende “colaborar”, exista algún elemento de prueba incriminatorio. Asimismo, es indispensable que se cuente un asesor (policía judicial) para verificar si la información suministrada era ya conocida o no es verdadera, previo a comprometer al Ministerio Público a gestionar la aplicación del criterio, o sea, antes de la firma del convenio correspondiente (p.24).

Por último, en cuanto a las disposiciones establecidas en el artículo 23 del Código Procesal Penal, el Ministerio considera,

El aspecto de los elementos de prueba incriminatorio, cobra importancia en el tanto, que los efectos de la aplicación de este inciso son suspensivos, conforme al artículo 23. Dicho artículo señala: “No obstante, en el caso de los incisos b) y d) del artículo anterior, se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad. Esa suspensión se mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia respectiva, momento en que el Tribunal deberá resolver definitivamente sobre la prescindencia de esa persecución. Si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, el Ministerio Público deberá solicitar al Tribunal que ordene reanudar el procedimiento.” Esto implica que el Fiscal debe retomar el ejercicio de la acción penal, formulando la acusación conforme a las exigencias del artículo 303 del Código Procesal Penal. Asimismo, se recuerda que aquellas acusaciones que se sustenten exclusivamente en la información dada por el imputado en una transacción fallida, podría contener vicios de legitimidad, vulnerándose principios esenciales del debido proceso (p.24-25).

Es importante rescatar en cuanto a la actuación de la personal Fiscal en la aplicación del criterio de oportunidad lo siguiente,

Cada Fiscal al momento de implementar un criterio de oportunidad debe realizar una valoración inicial de la denuncia. Si determina que procede la aplicación del principio de oportunidad, debe necesariamente analizar cuál presupuesto es el que se cumple, distinguiendo entre: Insignificancia, exigua participación del partícipe o su mínima culpabilidad. Para fundamentar cualquiera de estos presupuestos debe cuestionarse si se afectó o no un interés público, utilizando para ello, y conforme al principio de legalidad, lo establecido en la Ley General de Administración Pública. Además, se debe analizar si la no persecución provoca indirectamente la comisión de más delitos, si el hecho provoca alarma social o reacción social, el daño social, el número de víctimas, si con la no

persecución se genera un problema de impunidad o desconfianza en el sistema penal, en este último caso, cobra importancia la gravedad del hecho.

En esa primera valoración debe el Fiscal igualmente examinar si efectivamente se encuentra ante un supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, o por contrario, si la situación sometida a su conocimiento es propia de otro instituto, tales como el sobreseimiento definitivo o provisional, o una simple desestimación. Otro punto a considerar, si el hecho fue realizado por un funcionario público, en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. Sobre éste último aspecto se debe analizar la legislación administrativa, sobre la definición de funcionario, y los términos en “ejercicio del cargo o con ocasión de él”. Situación que excluye las conductas cometidas dentro de su actuación privada (Circular 01-1998 p.25).

En el caso del artículo 22 inciso b, el trabajo del Fiscal debe ser de la siguiente manera,

Es indispensable que el fiscal se plantee una estrategia de investigación, y si dentro de la solución de ese caso o de otros conexos, es favorable a los intereses del Ministerio Público la negociación procurando la transacción. En este caso, es indispensable tener presente que para promover una negociación el fiscal deberá tener efectivamente un caso con suficiente fundamentación probatoria para llevar a juicio al acusado y que la negociación que se plantea sea un instrumento para combatir delincuencia organizada o no convencional. Y no limitarse a pretender obtener "su testimonio", como única prueba de cargo. Esto por cuanto, el fiscal debe realizar la supresión hipotética de ese "testimonio", en caso que haya algún cuestionamiento sobre la legitimidad de la prueba recabada. Es obligación del fiscal adjunto, llevar un control estricto en la aplicación de este instituto, y del proceso de negociación, evitando la utilización de mecanismo de coacción que lleven al imputado a tomar una decisión en contra de su voluntad. Sobre este punto es importante tener presente lo preceptuado en el artículo 96 del C.P.P., el cual prohíbe la utilización de amenazas o coacción contra el imputado para “...inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconveniones tendentes a obtener su confesión (Ministerio Público, 1998. p. 26).

Así las cosas, en síntesis, esa fue la primera aproximación que realizó el Ministerio Público con las reflexiones mínimas para la aplicación práctica de los criterios de oportunidad.

Circular 02-1998. Sobre la autorización del superior para aplicar criterios de oportunidad u otro

En este sentido, la circular es muy breve con respecto a la exigibilidad por parte de la ley en cuanto a la autorización del superior jerárquico, en lo que interesa,

En el C.P.P., en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la Ley de Reorganización Judicial se indica que algunas actuaciones de los fiscales deben ser aprobados por el superior. A tal efecto se debe tener presente que el fiscal es el superior del fiscal auxiliar en aquellas fiscalías donde no tiene asiento el Fiscal Adjunto. Donde tiene asiento el Fiscal Adjunto éste es el superior tanto de los fiscales como de los fiscales auxiliares, correspondiéndole al adjunto tales aprobaciones. Las autorizaciones serán por escrito y fundamentales. Sin perjuicio de su posterior remisión por las vías ordinarias, se comunicarán en forma expedita, pudiéndose utilizar la vía telefónica, telegrama o fax. Se debe tomar en cuenta las instrucciones al respecto contenidas en el aparte III de la Circular 1-98 de la Fiscalía General, atinente a las directrices para la aplicación de las soluciones alternativas. (Ministerio Público, 1998 p.5)

Circular 29- 1999. Sobre la información suministrada por imputados

Con respecto a lo establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal, se expone en cuanto al fundamento del precepto,

La disposición que se analiza forma parte de lo que algunos autores han denominado derecho premial el cual parte del supuesto de que hay que admitir con franqueza que el sistema de investigación judicial ha resultado insuficiente e ineficiente, -por falta de recursos técnicos o por falencias del recurso humano, o por la extrema habilidad de los delincuentes para burlarlo-, para conseguir las pruebas que permitan capturar a los

criminales y enjuiciarlos. En virtud de esa necesidad, el interés público en la persecución de un acto delictivo cede frente al mayor interés en perseguir otro más lesivo para la colectividad social. De aquí que se señale como una de las características de este instituto su carácter “transaccional”.

La transacción a la que alude la doctrina implica el juego de varios intereses. En primer lugar, el interés del Estado en castigar un determinado hecho delictuoso o a un imputado que se considera más dañino del orden social que otro, y en segundo lugar el interés del beneficiario que se maneja en dos dimensiones. Por un lado, transa para obtener los beneficios acordados por la ley, pero también busca lograr el resguardo de su vida e integridad física y el de su familia, frente a una posible venganza por su delación. Este doble interés no debe ser ignorado nunca por el fiscal. El cumplimiento único del interés en cuanto a las consecuencias legales de la contribución no es suficiente para tener por satisfecho el Estatal, pues si no se protege también la integridad física y la vida del imputado, además de las consecuencias éticas, el resultado final sería la inutilidad del instituto procesal, pues se estará propiciando el temor a acogerse a él por las consecuencias graves que en la realidad conllevaría. Es pues de interés en la política de persecución del Ministerio Público que el instituto se desarrolle y fortalezca como un medio eficiente de lucha contra la delincuencia no convencional, no que se debilite y se convierta en letra neutra de la ley por su manejo inapropiado (Ministerio Público, 1999 p.1).

Después de las aclaraciones doctrinarias anteriores, señala un tema importante sobre la protección de la información y el registro de la misma, lo cual resulta de vital importancia mencionar, “la única manera de lograr la protección de la vida e integridad física del informante es el sigilo, es decir, la reserva absoluta de la información o la colaboración recibida de parte del colaborador, con el fin de no exponerla al conocimiento de NINGUNA persona extraña a la transacción” (Ministerio Público, 1999. p.2).

Sobre el registro de la información,

Tanto los datos referidos al aporte de colaboración, como el aporte de información NO DEBEN FORMALIZARSE, es decir no deben incluirse en el acta. LO QUE SE FORMALIZA mediante el acta ES EL ACUERDO o convenio y las condiciones del mismo. El registro informal que se haga de la información y todo lo referente a la colaboración no debe identificarse con el nombre del informante sino con uno sustituto. (P.ej. en lugar de Pedro Pérez que es el nombre del supuesto informante), en el registro (papeles, documentos, electrónicos, grabación, video, etc) se le identifica como C-1, C2, C3 etc o i-1, iII , iIII, etc, de manera tal que si se da una perdida accidental, el lector no pueda conectar la información con quien la suministró.

En la investigación de delincuencia no convencional o crimen organizado es posible que ocurra el “reclutamiento” por pago u otro motivo (relaciones afectivas etc.) de alguna persona dentro de nuestra estructura laboral, con el fin de que se impongan y trasladen la información que es de interés para la organización criminal. Por esta razón los registros en que conste la información deben llevarse bajo llave y con acceso restringido a una sola persona que podría ser el Fiscal Adjunto respectivo.

La información que se recibe dentro del marco del artículo 22 inc b) es un acto de investigación, no un medio de prueba y como tal no tiene valor para fundamentar la sentencia (art. 276 C.P.P.) su finalidad es orientar la investigación hacia la obtención de prueba que es desconocida, de manera tal que pueda fundarse una acusación y obtener una sentencia condenatoria en el hecho que se ha considerado de mayor relevancia para el interés social. En ese sentido NO DEBE COMPROMETERSE LA INFORMACIÓN, UTILIZANDOLA PARA UN FIN DIVERSO Y PROVISIONAL, COMO ES LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE PRISIÓN PREVENTIVA. Esta debe fundarse en elementos ajenos a la transacción y a la información obtenida (Ministerio Público, 1999 p.1-2).

Circular 19-2005. Sobre aplicación de alternativas al proceso penal y el proceso abreviado

En síntesis, se transcribe,

Con fundamento en el artículo 24 del Código Procesal Penal, siempre que se den los presupuestos legales, se podrá solicitar la aplicación de criterios de oportunidad, antes de formularse la acusación. Esto último se interpreta como el momento en que la acusación se presenta –materialmente o por vía digital– ante el Juzgado Penal, de modo que, si después de redactarse la acusación y antes de presentarse al Juzgado Penal surge la posibilidad de negociar un criterio de oportunidad, es posible hacerlo. Pero una vez llegada la acusación al Juzgado Penal, no se autorizará la aplicación de esta alternativa. Lo anterior, sin perjuicio de acordar el criterio de oportunidad solicitado por otras partes dentro del plazo establecido por el artículo 316 del Código Procesal Penal, y en la oportunidad establecida en el número 317 del mismo ordenamiento (Ministerio Público, 2005 p.1).

Existe una última circular emitida por el Ministerio Público, sobre la tramitación de los criterios de oportunidad, la cual versa sobre las instrucciones del procedimiento y se cita a continuación.

Circular 07- 2008. Sobre el procedimiento de aplicación de los criterios de oportunidad.

En 2008, el Ministerio Público estandariza los procesos y señala el procedimiento que se debe seguir para aplicar los criterios de oportunidad.

Tabla1: Procedimiento de aplicación

<p>PROCEDIMIENTO: ACTUAL _____ PROPUESTO <u> X </u></p> <p>NOMBRE: PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.</p> <p>OFICINAS PARTICIPANTES: FISCALÍAS DEL PAÍS</p>
--

FECHA:		
PASO	RESPONSABLE	DESCRIPCIÓN
1)	Fiscal a cargo del caso	Establece que en una causa a su cargo es posible solicitar la aplicación de un Criterio de Oportunidad. En forma clara determina cual es el motivo que fundamentará la solicitud. Este procedimiento no aplicará en los casos de colaboración por crimen organizado.
2)	Fiscal a cargo del caso	Preferiblemente de previo a formular la solicitud, consulta verbalmente con el Fiscal Adjunto correspondiente o el Fiscal Coordinador la posibilidad de aplicar el Instituto Procesal en la causa.
3)	Fiscal a cargo del Caso	Procede a redactar el proyecto de Solicitud ⁵ para la Aplicación de un Criterio de Oportunidad, el cual incluye en el legajo principal de la causa y ordena a su auxiliar trasladarlo a la oficina del Fiscal Adjunto ⁶ correspondiente.
4)	Fiscal a cargo del Caso	En caso de que el expediente haya sido ingresado al Sisplazo ⁷ , ingresa dicha diligencia dentro del Control ⁸
5)	Auxiliar Judicial	Recibe la causa con el proyecto de Solicitud de Aplicación de un Criterio de Oportunidad, con vista en el mismo procede a remitirlo hacia la oficina del Fiscal Adjunto que le corresponde conocerlo.
6)	Auxiliar Judicial	En los casos que corresponda conocer de la aprobación del Fiscal Adjunto regional, trasladará el legajo principal junto con los demás legajos y el proyecto a la Oficina del Fiscal Adjunto. Previo al traslado le solicita al Asistente Judicial del despacho modificar los Estados de la causa en el Sistema de Gestión para que se indique el traslado temporal de la causa a la oficina del Fiscal Adjunto para

		la aprobación del criterio de oportunidad.
7)	Auxiliar Judicial Fiscalía Adjunta Regional o Especializada	<p>Recibe el legajo principal con el proyecto de solicitud de Aplicación de Criterio de Oportunidad, procede a anotar en el libro de Entradas¹⁰ de la Oficina del Fiscal Adjunto y el cual deberá al menos contener los siguientes puntos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Número único de la causa 2. Imputado 3. Delito 4. Fiscal a cargo del caso 5. Motivo de ingreso 6. Fecha de ingreso 7. Motivo de salida 8. Fecha de salida.
8)	Auxiliar Judicial Fiscalía Adjunta Regional o Especializada	Traslada el legajo principal al Fiscal Adjunto para que conozca la solicitud de Aplicación de Criterio de Oportunidad que se está formulando por el Fiscal a cargo del Caso
9)	Fiscal Adjunto Regional o Especializado	Analiza la solicitud formulada por el Fiscal Auxiliar a cargo del asunto y de aprobar la misma ratifica con su firma la autorización jerárquica en el proyecto. Si deben hacerse correcciones a la solicitud para la aprobación definitiva, comunica verbalmente las mismas al Fiscal Auxiliar a cargo de la causa para que proceda en el menor plazo posible a realizar los ajustes llevando el documento final para su ratificación por el Fiscal Adjunto. De denegar la solicitud, procede a comunicar verbalmente al Fiscal de su decisión. Traslada el legajo principal y demás documentos al Auxiliar Judicial de su oficina.
10)	Auxiliar Judicial¹¹ Fiscalía Adjunta Regional o	Recibe el legajo principal y demás documentos de la causa, procede a cancelar el ingreso del expediente en el Libro de entradas en la Oficina del Fiscal Adjunto,

	Especializada	anotando el resultado de la gestión y la fecha de salida, traslada el expediente al Auxiliar Judicial que labora con el Fiscal a cargo de la causa ¹² , previo a ello le solicita al Asistente Judicial de la Fiscalía que proceda a cambiar y actualizar la ubicación del expediente en los estados de la causa en el Sistema de Gestión de Despacho.
11)	Fiscal a cargo del caso	Al recibir el visto bueno para la Aplicación del Criterio de Oportunidad ordena las comunicaciones de rigor ¹³ . En caso de que se haya denegado la autorización de la solicitud por parte del Fiscal Adjunto correspondiente, continuará con la investigación. Actualiza el sistema de Seguimiento y Control de Casos (Sisplazo). Traslada el expediente al Auxiliar Judicial.
12)	Auxiliar Judicial	Recibe el expediente con la solicitud del Fiscal a cargo de la causa donde Solicita el Sobreseimiento Definitivo por Aplicación de un Criterio de Oportunidad, debidamente autorizado por el Superior Jerárquico, procede a realizar las comunicaciones correspondientes. Finalizada las comunicaciones y vencidos los plazos de espera traslada el expediente al Asistente Judicial para la salida definitiva de la causa, de haberse presentado querrela indagada al imputado. Verifica que el expediente se encuentre debidamente foliado y que las firmas del Fiscal a cargo del caso y del Fiscal Adjunto consten en la solicitud, determina que el mismo se encuentra completo en cuanto a los legajos que indica contener, verifica la realización de las comunicaciones de rigor y sobre los registros de evidencia que tenga la causa.
13)	Asistente Judicial	Recibe la causa en la cual se está solicitando la Aplicación de un Criterio de Oportunidad. Procede a cancelar ¹⁴ el expediente del Sistema de Gestión de Despachos,

		trasladando el mismo al conserje para el envío del mismo al Juzgado Penal.
14)	Conserje	Recibe el expediente que debe ser traslado al Juzgado Penal. Anota los datos del mismo en forma completa en el libro de conocimientos, incluyendo tanto el legajo principal como demás legajos que forman parte de la causa, con su respectiva cantidad de folios. Traslada el expediente al Juzgado Penal y obtiene en el libro de conocimientos el sello de recibido.
15)	Asistente Judicial	Recibe la notificación ¹⁵ del Juzgado Penal que resuelve la solicitud de Aplicación de Criterio de Oportunidad formulada por el Ministerio Público, la cual traslada al Fiscal a cargo del caso mediante el libro de entrega de notificaciones del despacho.
16)	Fiscal a cargo de la Causa	Recibe la notificación del Juzgado Penal donde resuelve la solicitud de Aplicación de Criterio de Oportunidad formulada, archivando la misma.

Nota: Ministerio Público, (2008 p. 1-5)

Así las cosas, mediante ese cuadro el Ministerio Público señala el procedimiento para la aplicación de un criterio de oportunidad, en la circular 07-2008 se puede consultar el diagrama del proceso.

El testigo colaborador en la legislación extranjera

En este apartado se pretende realizar una breve aproximación sobre el testigo colaborador en otras legislaciones.

Primero, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la que se denomina “Convención de Palermo”, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2001 en Palermo (Italia) y aprobada en Costa Rica

mediante la Ley 8302 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta 123 de 27 de junio de 2003), incluye en su artículo 26, como posible medida para lograr una acción más eficaz en la persecución y enjuiciamiento de las organizaciones delictivas lo siguiente:

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

En la presente investigación se limitará a mencionar los aspectos esenciales sobre la regulación del testigo de la corona en la legislación de Argentina, México y Honduras.

Ley 27304. El arrepentido en la legislación argentina

El 2 de noviembre del año 2016, se publicó la ley 27.304 o “Ley del Arrepentido” sancionada por el Congreso Federal el 19 de octubre del mismo año.

El artículo 41 ter del Código Penal Argentino señala: las escalas penales podrán reducirse a las de tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación de este artículo, cuando durante la sustanciación de proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

Por otra parte, el catálogo de delitos que señala la legislación para reducir la escala penal es muy amplia, incluyendo delitos aduaneros, contra la administración pública, corrupción de menores entre otros. El artículo 1 de la citada ley menciona,

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados u otros conexos; proporcionar los datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de

los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Otro aspecto sumamente importante para rescatar de la legislación argentina es que establece pena de prisión de 4 a 10 años y con pérdida del beneficio concedido, a quien proporcione maliciosamente información o datos falsos.

Otro aspecto relevante de esta ley es que establece requisitos formales para el acuerdo de colaboración, el artículo 7 de la ley señala que se debe consignar aspectos como los hechos atribuidos, el grado de participación del imputado arrepentido, pruebas; además del tipo de información que va a proporcionar, el nombre de los coautores, precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos, entre otros aspectos necesarios que se deben indicar, por lo que se puede denotar que la ley es bastante detallada y estricta.

Por otra parte, la ley es clara en establecer que el acuerdo se realiza entre el fiscal, imputado y defensor, el juez únicamente homologa el acuerdo y en caso de un rechazo se prevé el recurso de apelación.

Los imputados que colaboren en el proceso son alcanzados por el Programa de Protección de Testigos, en síntesis, la ley penal argentina regula el instituto del imputado arrepentido en 19 artículos por lo que se encuentra bastante detallada con límites y alcances claros para quienes participan del proceso.

Los criterios de Oportunidad en México

La regulación en cuanto a este tema en México es muy concreta, al respecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 21 “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.

Posteriormente agrega que “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México, regula en el artículo 256 los casos en que procede la aplicación de los criterios de oportunidad. Dicho artículo señala “iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido”.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;
- III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;
- IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;
- V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;

La Ley es clara en establecer en que no se puede aplicar un criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

Finalmente se establece que quien debe aprobar los criterios de oportunidad debe ser el Procurador o un servidor público en quien se delegue la función.

Los criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal de Honduras

En el caso de Honduras, los criterios de oportunidad se manejan de una forma un tanto distinta, en tanto se dividen en dos grupos, según Cuéllar et al. (sf), en “manifestaciones *pre* procesales y manifestaciones *intra* procesales, respondiendo dicha distinción al momento procesal de su aplicación, ya sea, en el primer supuesto, “antes” de haberse ejercitado la acción penal pública a través del requerimiento fiscal, o, en el segundo, después de haberse ejercitado dicha acción, es decir, una vez judicializada la causa”.

Estos criterios de oportunidad se regulan desde el artículo 28 al 40 del Código Procesal Penal de Honduras.

Dentro del primer grupo y según el artículo 28 del Código en cuestión, el criterio de oportunidad procede:

1. Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés sea público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad;
2. Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance, para impedir la consumación de los efectos del delito, si de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad;

3. Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción, haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave;
4. Cuando la pena a aplicar por un delito, sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo; y
5. Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves de realización compleja que dificulte su investigación y persecución y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información especial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de terceras personas, siempre que la acción penal de la cual se trate, resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En éste caso, serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal.

En los anteriores casos el criterio debe ser autorizado por el Fiscal General de la República, posteriormente en el artículo 36 del Código Procesal Penal de Honduras, se establecen los supuestos en los cuales se suspende la acción penal; a saber,

- 1) Que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis (6) años;
- 2) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y,
- 3) Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

La legislación también establece una serie de medidas con las cuales debe cumplir en caso de la suspensión de la acción, como, por ejemplo, residir en un lugar determinado o someterse a

la vigilancia que el juez establezca; la prohibición del consumo de bebidas alcohólicas, entre otras.

En este caso si bien la legislación extranjera posee cierta similitud, con la nuestra con respecto a los delitos en que procede la aplicación de los criterios, lo cierto del caso es que en su mayoría las extranjeras se encuentran ampliamente desarrolladas en diferentes aspectos y más delimitada que la nuestra, donde las actuaciones administrativas tienen parámetros claros para su actuación.

CAPÍTULO III: PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

En el presente apartado se desarrolla la explicación del enfoque de investigación que en este caso es cualitativo. El método Narrativo con el cual se realiza el análisis. Las unidades de análisis, las cuales corresponden a los tres objetivos específicos. Luego de esto se describen los métodos de recolección de datos, además de las fuentes de información y los instrumentos para recolectar la información.

Enfoque

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, ya que esta se ajusta a sus características, las cuales van a ser expuestas a continuación. Hernández, Fernández y Baptista (2014) menciona que las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y un proceso inductivo (explorar y describir y luego generar perspectivas teóricas). Lo cual se ajusta perfectamente con el tema del estudio: Análisis doctrinario, jurisprudencial y comparativo de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia

producto de la aplicación del criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal Costarricense.

Como la investigación hace un análisis de lo particular a lo general. En el caso de específico de esta indagación se realiza primero detectar los puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal, posterior a esto la comparación de la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador. Una vez que se logra la recolección de esos datos específicos se procede con lo general lo cual consiste en determinar los límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”, para así obtener una conclusión final, donde se efectúa el proceso antes mencionado que va de lo particular a lo general, esto para dar respuesta a de investigación.

Asimismo, Hernández et al (2014) menciona con respecto al enfoque cualitativo, que este se basa en métodos de recolección de datos que no son estandarizados ni conllevan análisis estadístico. Más bien la recolección de datos que consiste en obtener perspectivas y puntos de vista de los participantes o de datos, los cuales deben organizarse para ser entendidos. En este caso, precisamente eso es lo que busca la investigación organizar los datos para saber ¿Cuáles son los límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas?

Dentro de la misma Hernández et al (2014) menciona que el enfoque cualitativo indaga las experiencias y percepciones de los participantes, e identifica la manera en que estos perciben la situación problema. Lo anterior se ajusta a la presente investigación donde se entrevista a dos expertos en la temática y a partir de sus experiencias se pondrán confrontar los datos con la teoría y así brindar conclusiones más acertadas.

Con respecto a la utilización de un enfoque cualitativo Hernández et al (2014) menciona que se utiliza “para construir creencias propias sobre el fenómeno estudiado como lo sería un

grupo de personas únicas o un proceso particular” (p10). Esto se adapta a una de las pretensiones de la presente investigación, donde se trata de construir una teoría alternativa a partir de lo estudiado con base a las unidades análisis.

Por otro lado, Marshall (2011) y Preissle (2008) citados por Hernández et al (2014) mencionan “Es recomendable seleccionar el enfoque cualitativo cuando el tema de estudio ha sido poco explorado, o no se ha hecho investigación al respecto en algún grupo social específico” (p.358). Como se ha mencionado en apartados anteriores se hace el análisis doctrinario, jurisprudencial y comparativo de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, posterior al dictado de sentencia en virtud de la aplicación del testigo de la corona, debido a que hay vacíos en la ley.

Hernández et al (2014) con respecto a las investigaciones cualitativas menciona “El proceso de indagación es más flexible y se mueve entre las respuestas y el desarrollo de la teoría” (p.9). Con base en las respuestas obtenidas y el desarrollo de teoría propuesto en la presente indagación donde se conceptualizan términos que permiten identificar límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”,

Diseño

En el área de la metodología de la investigación Hernández et al (2014), explican que el diseño “se refiere al abordaje general que habremos de utilizar en el proceso de investigación” (p.470). En este caso el diseño que se va a utilizar en la investigación corresponde al diseño narrativo. Según Hernández et al (2014) los diseños narrativos pretenden entender sucesión de hechos, situaciones, fenómenos, teoría, procesos y eventos.

Una de las ventajas de realizar este método es que permite explorar información a profundidad y de manera más detallada acerca de la temática a exponer, siempre desde la perspectiva de los participantes y con el uso de la interpretación de la teoría. El tipo de narrativa

que se expone permite analizar la teoría versus la opinión de expertos y dar respuesta a la pregunta de investigación.

Los principales instrumentos para la recolección de los datos que se van a emplear en la investigación son las entrevistas a profundidad y una guía de análisis para efectos de la ley y jurisprudencia, por lo que sí resulta correcto utilizar este diseño. De acuerdo con este tipo de método Hernández et al (2014) indica las principales herramientas para la recolección de los datos; “las entrevistas, documentos, artículos en prensa, imágenes, audios y videos, artefactos, expresiones artísticas y biografías y autobiografías o historias de vida” (p.488).

El diseño narrativo consiste en un procedimiento que lleva los siguientes pasos, según Hernández et al (2014) primero se deben recopilar narraciones (análisis de textos), lo que se va hacer con la ley, posteriormente experiencias de la muestra de investigación, en este caso los expertos y tercero se debe armar entretejiendo las narrativas individuales con la teoría. (p.488). De acuerdo con lo mencionado es el método que más se ajusta al estudio.

Se considera oportuno este estudio porque proporciona una realidad, como lo indica Hernández et al (2014), el método narrativo, permite juntar teoría y experiencias para brindar propuestas de solución a situaciones que se viven como vacíos teóricos.

Participantes

Como muestra de investigación se ha seleccionado tres expertos en el tema, uno de ellos el Doctorando Frank Harbottle Quirós, el especialista tiene amplia experiencia en temas penales ya que se ha desempeñado en esa área como profesor universitario, además ha sido letrado de la Sala Tercera y da un aporte invaluable a la presente investigación desde su perspectiva como defensor público, con respecto al tema en estudio, Frank ha publicado artículos de sus investigaciones en cuanto al concepto de “menor reprochabilidad” de la conducta del testigo colaborador.

Por otra parte, se selecciona como experto Fiscal Álvaro Montoya, quien desde su amplia experiencia como Fiscal de la Fiscalía Adjunta del Primer Circuito Judicial nos brinda una perspectiva clara del tema desde una perspectiva práctica.

Como tercer experto en la materia se selecciona el Licenciado Luis Diego Serrano Rodríguez, quien actualmente es Juez 4 en materia penal y por doce años fue fiscal del Ministerio Público, en cuenta la Fiscalía Adjunta contra delincuencia organizada.

Por último, la presente investigación pretende analizar de una forma conjunta la opinión de los expertos, la ley en este caso el Código Procesal Penal, la jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional y Sala Tercera y la doctrina en lo que al problema de investigación se refiera.

Tabla 2: Participantes

EXPERTO	Nombre	Especialidad	Experiencia
EXPERTO 1	Frank Harbottle Quirós	Derecho Penal	Docente Defensor Público Letrado de la Sala Tercera
EXPERTO 2	Álvaro Montoya	Derecho Penal	Fiscal
EXPERTO 3	Luis Diego Serrano Rodríguez	Derecho Penal	Fiscal Juez de Apelación

Nota: Elaboración Propia

Unidades de Análisis

Las unidades de análisis son los contenidos que se van a explorar en la investigación. Las mismas se extraen de los objetivos específicos. Lo correcto es conceptualizarlos antes de construir los instrumentos, ya que esto permite tipificar con mayor claridad el objetivo de la investigación.

Unidad de Análisis 1: puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal.

Para efectos de la presente investigación se va a entender con puntos de conexión los elementos que coinciden entre la doctrina y la jurisprudencia, es decir todas las posiciones de los tratadistas con respecto a los efectos de la aplicación del testigo de la corona y las disposiciones emitidas por la Sala Constitucional y Sala Tercera que sean semejantes.

En el caso de los puntos de discrepancia, se entenderán como todos aquellos elementos que se contradicen, o más bien generan controversia sobre un mismo tema, es decir, en esta unidad se pretende exponer las diferencias de opiniones entre los doctrinarios y la Sala de Casación Penal, todo bajo la misma línea sobre los criterios discrecionales emitidos por el Ministerio Público en virtud de la aplicación de la figura en estudio.

Unidad de Análisis 2: comparación de la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”

En esta unidad, se debe entender por comparar el examinar la ley costarricense y la extranjera a modo de derecho comparado para establecer sus relaciones, diferencias o semejanzas. Con esto se busca determinar si existe alguna normativa que regule las actuaciones discrecionales del Ministerio Público en cuanto a la emisión de criterios, la cual Costa Rica pueda seguir de modelo para nuevas regulaciones.

Unidad de Análisis 3: límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”.

Para efectos de esta unidad se debe entender por límite como una restricción, un parámetro objetivo o margen de actuación del cual el Ministerio Público no se puede exceder al momento de emitir sus criterios.

Por alcance debe entenderse, hasta donde llega el radio de influencia y los efectos mediatos de los criterios emitidos por el ente acusador.

Por discrecionalidad de los criterios, se entiende que no obedecen a una norma en concreto si no se basan en el criterio individual de alguien.

Instrumentos

A continuación, se describen los instrumentos a utilizar basados en las anteriores unidades de análisis en este caso se selecciona la entrevista a profundidad (Ver apéndice 3) y dos guías para el análisis de la información teórica (Ver apéndices 1 y 2).

Lograr una eficaz recolección de datos solo es posible mediante la utilización de diversos instrumentos que faciliten la obtención de información relevante para la investigación. Al respecto Hernández et al (2014) menciona que la entrevista “se define como una reunión para conversar o intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados)” (p.403). Teniendo en cuenta lo anterior, es por ello que dicha herramienta resulta de gran utilidad dentro de la investigación, el mismo permite que los participantes, propiamente en este caso los expertos, puedan expresar sus experiencias y opiniones en relación límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”.

Para efectos de la investigación, se utiliza la entrevista a profundidad, según Taylor y Bodgan (s.f) citados por Barrantes (2014) esta “es un reiterado encuentro cara a cara entre el entrevistador y el entrevistado, dirigido hacia la comprensión de las perspectivas de tienen los informantes respecto de sus vida, expresiones o situaciones tal como las expresan con sus propias palabras” (p.208). En este sentido, la entrevista a profundidad permite que el entrevistador pueda realizar una entrevista a mayor profundidad con los participantes, mediante una serie de preguntas que guiarán al proceso de la misma, con la finalidad de conocer percepciones, experiencias e ideas de los participantes en relación con la temática de la investigación.

La entrevista a profundidad se le realizara a cada experto con el propósito que pueda explicar límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”.

En el caso de la guía para el análisis de la jurisprudencia y la Ley, es un cuestionario de permite extraer los puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal y comparar la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”.

Procedimiento de Recolección Datos

Según Hernández et al (2014), “la recolección de datos lo que busca es realizar un estudio cualitativo para obtener datos (que se convertirán en información) de personas, seres vivos, comunidades, situaciones o procesos en profundidad; en las propias formas de expresión de cada uno” (p.396). Se consideran oportunos los instrumentos planteados para la presente investigación, ya que brindan una percepción más cercana en los datos que se desean obtener.

Siguiendo la misma línea, Hernández et al (2014) señala que los datos “se recolectan con la finalidad de analizarlos y comprenderlos, y así responder a las personas de investigación y

generar conocimiento” (p.397). Considerando el objeto de estudio, el cual es la recolección de datos, se espera que dicho proceso se lleve a cabo a través de entrevistas a profundidad y guía para análisis teórico.

Es imprescindible mencionar que la recolección de datos cualitativos considera tres tipos, Mose, (2012) y Lichtman, (2013), citados por Hernández et al (2014) señalan que “se recolecta datos de diferentes tipos como el lenguaje escrito, verbal y no verbal, conductas observables e imágenes” (p.397). Por lo tanto, resulta de suma importancia enfocarse en la información que brinden los expertos y los datos generados por el análisis de la Ley.

Primero en cuanto a doctrina, se pretende estudiar las teorías en lo referente al instituto del testigo de la corona, así como los comentarios de los autores sobre los artículos 22 inciso b y artículo 23 del código procesal penal con respecto a la interpretación que debe dársele a los mismos en el caso de las actuaciones discrecionales del Ministerio Público, en el caso de la jurisprudencia se pretende, exponer las posiciones de las Salas con respecto a los criterios discrecionales del ente acusador y los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad del testigo de la corona.

En lo que involucra la legislación extranjera se analiza la regulación de los requisitos para que el criterio de oportunidad del testigo de la corona sea efectivo, así como la regulación que se da a los órganos encargados de la administración de justicia sobre sus actuaciones discrecionales en la aplicación de este instituto.

Por último, con los expertos se pretende identificar con base en su experiencia, los principales retos y desafíos que se enfrentan en la práctica judicial la aplicación del testigo colaborador.

Análisis de Datos

Para responder a la pregunta de ¿Cuáles son los límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia

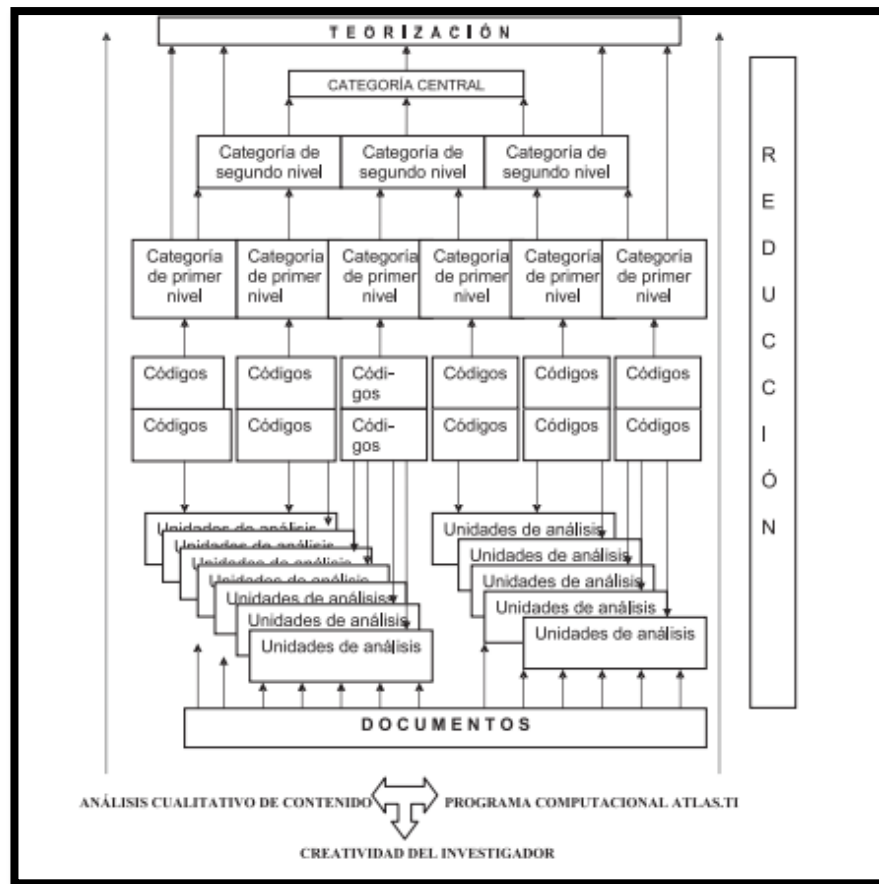
producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas? se establece como herramienta el programa Atlas.ti ®. Ya que este es el que mejor se adecua para segmentar datos en unidades de significado; codificar datos (codificación abierta, axial y selectiva) construir teoría (relacionar conceptos, categorías y temas). (Hernández y Mendoza, 2018, p.499)

Es importante rescatar una recomendación y señalamiento que realiza Hernández y Mendoza (2018) y Varguillas (2006), no hay que perder la perspectiva que el programa informático es una herramienta, es importante la combinación con el investigador, ya que es el aporte humano que permite los procesos de interpretación de la información.

En palabras de Muñoz y Sahagún (2011, p. 2),

[...] es una herramienta informativa cuyo objetivo es facilitar el análisis cualitativo. Puesto que su foco de atención es el análisis cualitativo, no pretender automatizar el proceso de análisis, sino simplemente ayudar al intérprete humano agilizando considerablemente muchas actividades implicadas en el análisis cualitativo y la interpretación, como por ejemplo la segmentación del texto en pasajes o citas, la codificación, o la escritura de comentarios y anotaciones.

Figura 1. Procesos de reducción analítica

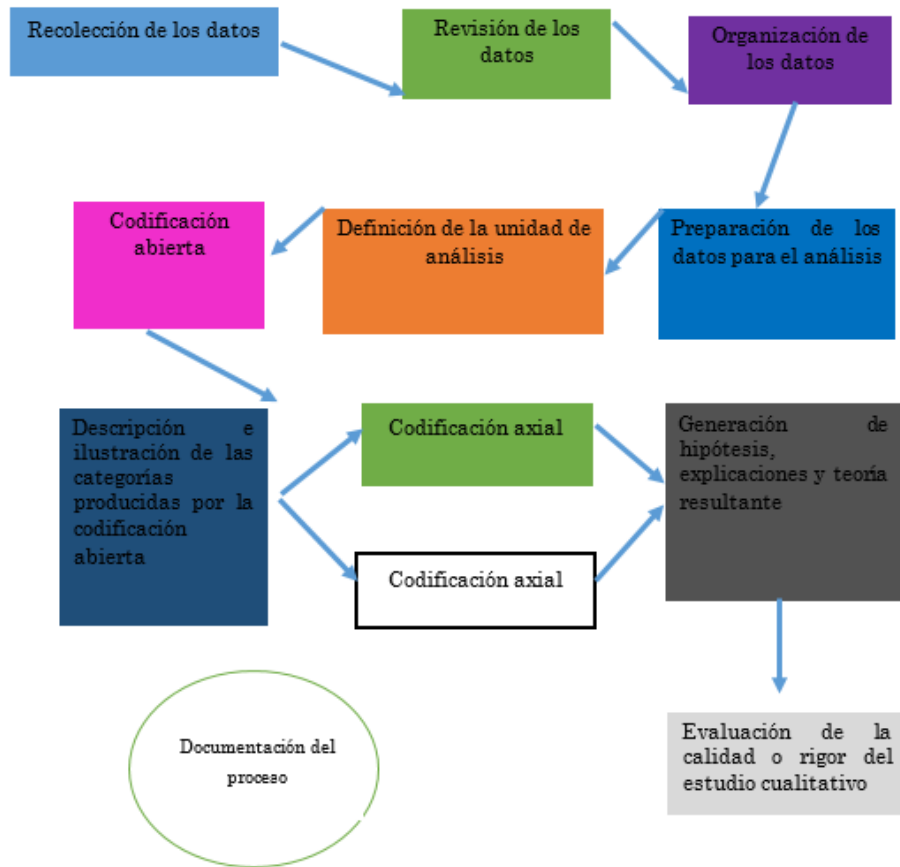


Nota: Varguillas (2006, p. 83)

Señala Varguillas (2006, p. 76) en el programa Atlas. Ti, el proceso implica cuatro etapas: Codificación de la información (de los datos); Categorización; Estructuración o creación de una o más redes de relaciones o diagramas de flujo, mapas mentales o mapas conceptuales, entre las categorías; y Estructuración de hallazgos o teorización si fuere el caso.

Es decir, tal y como lo describen Hernández y Mendoza (2018), se procede al análisis de los datos obtenidos por diversos procedimientos, los datos no se encuentran estructurados y el investigador procede a estructurarlos e interpretarlos.

Figura 2. Proceso de análisis



Nota: Hernández y Mendoza, (2018, p. 509)

Tomando en cuenta lo que señala Juste, González y Díaz (2012, p.97), se procede a establecer una nomenclatura que permita identificar claramente cada uno de los instrumentos diseñados para recolectar la información y así articular y analizar los datos obtenidos, que tienen sintonía con los objetivos específicos de la investigación.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

El presente capítulo contiene 3 unidades de análisis en las cuales a su vez se dividen en categorías de análisis, lo que se pretende es analizar la información recolectada, para dar respuesta a la pregunta de investigación, la primera unidad de análisis está dedicada a la exposición de doctrina y jurisprudencia, en la segunda unidad de análisis se dedica al estudio y comparación de legislación extranjera y por último en la tercera unidad de análisis se expone la opinión de expertos.

Unidad de Análisis 1: puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad establecido en el artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal.

Para comprender mejor esta unidad de análisis, la misma se subdivide en 3 categorías de análisis las cuales se desarrollan a continuación; es importante destacar que lo desarrollado por la jurisprudencia en torno a este tema ha sido poco, por lo que, lo expuesto será breve.

Categoría de análisis 1: Puntos de conexión entre la doctrina y jurisprudencia costarricense respecto del criterio de oportunidad conocido como testigo de la corona

En esta categoría, se pretenden mencionar todos aquellos puntos en los que coinciden la doctrina y jurisprudencia con respecto al criterio de oportunidad conocido como testigo colaborador, los cuales explicaremos por subtema.

Reprochabilidad de la conducta.

Con respecto a la reprochabilidad de la conducta lo cual es un requisito esencial para la aplicación de este criterio, existe claridad sobre el tema, en tanto la doctrina y jurisprudencia comparten que el mismo es un límite al ejercicio discrecional por parte del Ministerio Público con respecto a quién puede ser aplicado o no el criterio de oportunidad, además de que existe

consenso y es claro para quién administra justicia que debe entenderse por el mismo, por lo que ya es un tema que ha superado confusiones con respecto a su terminología.

Sobre esto, en la doctrina nacional se ha dicho que la menor reprochabilidad de la conducta debe entenderse como aquella que resulta ser de menor entidad e importancia en la realización del hecho, o dentro del plan previamente establecido, debiendo analizarse en relación con la culpabilidad (menor exigibilidad que la de los delatados), sin que sea necesario que el grado de participación del colaborador sea menor que el de estos; es decir, no se requiere que el colaborador sea catalogado como cómplice y que los delatados sean los autores, pudiendo tener la condición de coautores (Calderón, 2007. p. 149).

En este mismo sentido, la Sala Tercera en el voto 318 -2019 señala lo siguiente,

En lo que interesa, se hizo ver que no es necesario que el grado de participación de la persona a quien se le otorga el criterio de oportunidad sea menor a la de aquel al que se delata (pudiendo ostentar ambos la calidad de coautor), pues lo relevante es que la conducta sea menos reprochable, atendiendo a lo estipulado en el artículo 23 del Código Procesal Penal, respecto a que la conducta del testigo de la corona debe ser menos lesiva que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

Es claro que para determinar el grado de reprochabilidad de un imputado, es una situación meramente casuística, por ende, cada caso requiere un análisis exhaustivo de todo el cuadro fáctico con base en las pruebas preexistentes por parte de la policía y el fiscal a cargo para poder determinar el grado de reprochabilidad de cada imputado en determinada causa. Teniendo clara que quién tenga una participación menos lesiva para el bien jurídico tutelado, es el beneficiario del criterio de oportunidad.

Principio de libertad probatoria.

En cuanto a este principio, resulta importante mencionarlo como complemento del instituto jurídico en estudio, sobre el mismo Llobeth (2012) ha explicado lo siguiente “el

principio de libertad probatoria en sentido significa que no existen reglas preestablecidas con respecto al valor de la prueba. Así se dice que todo se puede probar y por cualquier medio, eso sí, siempre que no sea un medio ilegal” (p.296).

Lo anterior sin que signifique que el principio de libre apreciación de la prueba lleve a la arbitrariedad, en este sentido el voto 1030- 2014 de la Sala de Casación Penal ha resaltado,

Además, el principio de libertad probatoria permite a la parte interesada, aportar la prueba prudente para sustentar su teoría del caso y, una vez aplicado el criterio de oportunidad, el dicho del testigo de la corona es prueba legítima. Aunado a ello, el Tribunal debe valorar esta declaración, como cualquier otra, con vista en el resto de las pruebas aportadas, tanto de cargo como de descargo, de lo que resultará un criterio judicial acorde a la situación de cada imputado. Así, no existe límite jurídico alguno que prevea que el testigo de la corona deba restringir su declaración a aquellos hechos cometidos sólo por los imputados que merecen mayor reproche, ni que el Tribunal, de primera mano y sin análisis previo, deba obviar para el dictado de la sentencia, lo pertinente a los acusados cuyo reproche pueda ser menor al del testigo de la corona.

En virtud de la importancia probatoria, que tiene el testigo colaborador, resultó conveniente aclarar lo anterior.

Categoría de análisis 2: Puntos de discrepancia entre la doctrina y jurisprudencia costarricense respecto del criterio de oportunidad conocido como testigo de la corona

En esta categoría, se pretenden mencionar todos aquellos puntos en los que debaten la doctrina y jurisprudencia con respecto al criterio de oportunidad conocido como testigo colaborador, los cuales explicaremos por subtema.

Sobre la condición suspensiva de la extinción de la acción penal.

Este asunto, es de vital importancia ya que constituye uno de los fundamentos esenciales para resolver el problema de investigación, dicho problema versa sobre el artículo 23 del Código Procesal Penal, el cual establece, una condición suspensiva del ejercicio de la acción penal para el imputado colaborador hasta la firmeza de sentencia, en caso de que la colaboración del sujeto no satisfaga las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal, se puede solicitar al tribunal que reanude el procedimiento en contra del testigo colaborador.

En este sentido, el voto 862 – 2016 de la Sala Tercera, señala que se “deja precisamente en suspenso la extinción de la acción penal, pues será hasta finalizar el debate que se podrá establecer si la colaboración del imputado puede estimarse como legalmente aceptable y decisiva”.

Dicho de otra manera, una vez declarada la suspensión del proceso para el imputado colaborador, la suspensión de la acción penal, queda condicionada a que, su colaboración satisfaga las expectativas del Ministerio Público so pena de reanudarse el proceso.

Sobre esto Maier se ha referido de la siguiente forma;

La fuerza de esa conclusión es tan vigorosa, que la razón práctica también es incontestable: con esa arma el ministerio público gobierna el proceso penal y su forma concreta (a través de herramientas que, de conformidad con el perseguido, le permiten variar la naturaleza del procedimiento, para abreviarlo), y armonizar sus posibilidades de perseguir penalmente con eficiencia (número de procesos y complejidad), con los recursos personales y materiales de la administración de justicia en general, en el marco de una estrategia concreta y directa para la mejor y más eficaz aplicación de la ley. (Maier, 2004, p. 836).

Recientemente, la Sala Tercera en la resolución 318-2019 explicó que,

Asimismo, se señaló que la aplicación de los efectos del criterio de oportunidad queda sometida a que la declaración del testigo de la corona sea útil a los intereses de la persona

fiscal, quien es el que, en representación del Ministerio Público, detenta el ejercicio de la acción penal. Se deja claro, que el otorgamiento del criterio de oportunidad obedece a razones de política criminal y que, además, el testimonio debe resultar útil a los efectos del proceso.

Bajo esta misma línea, ni la normativa vigente ni la jurisprudencia es clara en indicar cuales son los parámetros en los cuales se debe basar el Ministerio Público para determinar si la colaboración de determinado sujeto satisface o no sus expectativas.

En igual sentido, Fabricio Guariglia (1993) apunta que, en este esquema, las facultades discrecionales del órgano requirente son de tal envergadura que en la práctica es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación, sino que también cubren un amplio espectro de actos "intermedios", por así decirlo, como es la potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos sobre los cuales se ha basado la acusación o que constan en el sumario policial; en compensación por haber colaborado con el gobierno en la investigación (Guariglia, p.89).

De lo anterior se puede deducir que la discrecionalidad que ostenta el Ministerio Público en cuanto al otorgamiento de criterios de oportunidad fue pensada en un inicio por el legislador como un medio de repeler la delincuencia de mayor reprochabilidad, por lo que su intención fue buena, sin embargo, la facultad sin límites otorgada en cuanto a decidir sin parámetros objetivos si la actuación de un testigo colaborador fue eficaz o no convierten la norma un tanto peligrosa para quien se somete al criterio.

Confidencialidad del acuerdo.

En este sentido, el artículo 22 in fine del Código Procesal Penal señala “No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrelado, no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.

En cuanto a lo anterior, se ha interpretado que el convenio celebrado entre el Ministerio Público y el Imputado Colaborador es secreto, en tanto se tramita en legajo aparte, como antecedente se puede mencionar lo dicho por el Tribunal de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José en la resolución 1620 – 2015, a saber, “la negociación escapa del control de los otros imputados, no es un derecho que les pertenezca y es un negocio privado entre el Ministerio Público, el defensor y el colaborador, por ende, el acuerdo no tiene la obligación de publicidad.

Ante esta tesitura, hubo quien se pronunció al respecto y aludió que tal posición era contraria con respecto a los derechos de la defensa de los demás imputados, sin embargo, ante esta protesta la Sala de Casación Penal ha señalado que,

Es imperioso que el procedimiento que se lleve a cabo a partir de esa disposición, cuide – en la medida de lo posible- a ese testigo, sin dejar de lado -claro está- el derecho de todo imputado de conocer cuál es la prueba que tiene en su contra. Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió.

En resumen, es de suma importancia, para la protección del testigo colaborador que el convenio permanezca en secreto por razones de su seguridad, debido a la peligrosidad de los delitos en que, se aplica esta figura, sin que eso signifique que se lesionen los derechos del resto de imputados.

Categoría de análisis 3: aspectos relevantes sobre la jurisprudencia

En esta categoría se exponen ciertos aspectos relevantes con respecto a la jurisprudencia pero que, sin embargo, aún no han sido explotados por la doctrina.

Procedimiento y convenio.

Es importante señalar en este punto, que como requisito la ley exige la autorización del superior jerárquico para la aplicación del criterio, así como ha quedado evidenciado a lo largo de esta investigación que la jurisprudencia ha indicado que debe tramitarse en legajo aparte y que además es secreto.

Pese a lo anterior, existe una omisión por parte de la normativa y la jurisprudencia en cuanto a la forma en que debe realizarse el acuerdo y los contenidos mínimos que debe tener, no existe precedente con respecto al procedimiento a seguir ni sobre el convenio mismo, es decir, no se establece si el acuerdo debe ser escrito, si debe contener los hechos sobre los cuales se va a declarar, los objetivos del convenio, entre otros aspectos relevantes, solo se limita a decir que debe contar con la aprobación del superior jerárquico, determinar lo anterior es importante esto con el fin de que cuando llegue el momento de decidir la situación procesal del imputado colaborador, se tenga un parámetro mediante el cual se pueda realizar un análisis justo sobre si su participación fue efectiva para los intereses del ente acusador.

Competencia del Tribunal de Juicio para pronunciarse sobre el acuerdo.

En este sentido el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José mediante la resolución 1620 de 2015 ha mencionado lo siguiente

Hablamos de dos cuestiones diversas. Por un lado, la oportunidad -ámbito de discrecionalidad del órgano requirente en la selección de los asuntos donde solicita la aplicación de los criterios- y por otro, los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico para que esa aplicación tenga lugar. Así como el Ministerio Público es libre para determinar cuándo es oportuno prescindir o limitar la persecución penal a cambio de obtener la colaboración de un imputado, sin que nadie, órgano público o no, le puede obligar a pactar si no lo desea, es al juez a

quien le compete corroborar que, en los casos seleccionados por el órgano requirente, se hayan satisfecho todos y cada uno de los requerimientos contemplados por el legislador.

En cuanto al órgano que debe ejercer ese control, si bien en principio debe ser el juez penal, pues la solicitud debe seguir el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio (art. 22, último párrafo C.P.P.), nada impide que el tribunal de juicio, u otros órganos que conocen del asunto a raíz de una impugnación, asuman esa tarea. Y es que, además del examen que debe efectuar el juez penal, destinado a determinar la procedencia y aplicación del criterio, también tenemos el control que *a posteriori* debe ejercer el tribunal de juicio, destinado a determinar si resulta procedente recibir la declaración del arrepentido, así como el que podrían llegar a ejercer el tribunal de apelación y la propia sala de casación, con el propósito de establecer si esa declaración puede desplegar efectos jurídicos y probatorios en relación con el sujeto contra el cual se declara. Por tanto, el control efectuado por el juez penal no es excluyente de aquel que puedan hacer otros órganos jurisdiccionales, sea de oficio o a solicitud de parte. (Tribunal de Apelaciones II Circuito Judicial de San José).

Resulta conveniente mencionar lo anterior en virtud de que, como se menciona en la unidad de análisis 3, según la opinión del experto, el examen que debe hacer el tribunal tal cual lo indica el artículo 23 debe versar únicamente sobre si admite o no el criterio de oportunidad, a criterio personal del experto 2, el tribunal no debe realizar análisis con respecto al nivel de reproche del imputado colaborador ni otros aspectos sobre si se debe aplicar o no al imputado en cuestión ya que eso es una facultad que le otorga la legislación al ente acusador.

Unidad de análisis 2: comparación de la legislación extranjera y costarricense con respecto al tratamiento del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”

En esta unidad de análisis se pretende identificar algunas diferencias y similitudes con respecto a la legislación extranjera, se seleccionó para realizar la comparación la legislación de Argentina, México y Honduras. Esta unidad se divide en dos categorías la primera en cuanto a las similitudes y la segunda en donde se resaltan las diferencias.

Categoría de análisis 1: Similitudes entre la legislación costarricense y la extranjera

En esta categoría se pretende mencionar algunos aspectos en los que coinciden las normativas extranjeras respecto de la nuestra.

En primera instancia con respecto a la legislación argentina se denota que existen más diferencias, sin embargo, como puntos de conexión podemos resaltar la finalidad del mismo en tanto este criterio está orientado a que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados u otros conexos; proporcionar los datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación.

Otro punto de conexión es en lo referente a los Programas de Protección de Víctimas y Testigos en tanto, la aplicación de un criterio de oportunidad como el del testigo de la corona brinda protección al imputado.

Con respecto a lo establecido en el Código Procesal Penal de Honduras existe una similitud en los casos en que procede en tanto el mismo establece que aplica cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves de realización compleja que dificulte su investigación y persecución y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información especial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de terceras personas, siempre que la acción penal de la cual se trate, resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En éste caso, serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal.

Se puede concluir que la legislación argentina, costarricense y hondureña coinciden en los delitos establecidos por el legislador en los que procede la aplicación de un criterio de oportunidad.

Categoría de análisis 2: diferencias la regulación costarricense y la extranjera

Las diferencias que existen entre las tres legislaciones expuestas respecto de la costarricense son muy marcadas, por ejemplo, la argentina está ampliamente regulada en 19 artículos, la lista taxativa de casos en los que se puede solicitar la aplicación de la figura del arrepentido es mucho más amplia, puesto que la ley prevé muchos más delitos.

Una diferencia interesante para rescatar de la legislación argentina es que establece pena de prisión de 4 a 10 años y con pérdida del beneficio concedido, a quien proporcione maliciosamente información o datos falsos.

Por otra parte, resulta conveniente mencionar que una de las principales diferencias es que esta ley establece requisitos formales para el acuerdo de colaboración, el artículo 7 de la ley señala que se debe consignar aspectos como los hechos atribuidos, el grado de participación del imputado arrepentido, pruebas; además del tipo de información que va a proporcionar, el nombre de los coautores, precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos, entre otros aspectos necesarios que se deben indicar, por lo que se puede denotar que la ley es bastante detallada y estricta.

Con respecto a la legislación mexicana, los supuestos en los cuales se permite la utilización de un criterio de oportunidad son un tanto distintos, en tanto se refieren a delitos con un grado de lesión muy leve, por el contrario, no incluye dentro de los supuestos delitos relacionados con crimen organizado, delitos graves, criminalidad violenta, entre otros.

En el caso de la legislación del Código Procesal de Honduras, los criterios de oportunidad se manifiestan en dos grupos los pre procesales y los *intra* procesales, dependiendo del momento procesal de su aplicación.

Básicamente para que se suspenda el ejercicio de la acción penal lo que se requiere son tres supuestos que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis (6) años; que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y, que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

Otro dato que hace que la legislación se distinga es que se establece una serie de medidas con las cuales debe cumplir en caso de la suspensión de la acción, como, por ejemplo, residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que el juez establezca; la prohibición del consumo de bebidas alcohólicas, entre otras.

Como corolario, existen diferencias muy marcadas en cada legislación respecto del tipo de delito sobre el cual se puede autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad, además de que es notable la diferencia en cuanto a la regulación, ya que en otros países se encuentra regulado de una forma más integral.

Unidad de análisis 3: Límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público ante la aplicación del criterio de oportunidad del “testigo colaborador”

En esta unidad de análisis se va a exponer la opinión de expertos con respecto a la figura del imputado colaborador, en aras de dar respuesta a la pregunta de investigación esta unidad se subdivide en categorías de análisis.

Categoría 1: Tipo de sentencia a la que se refiere el artículo 23 del Código Procesal Penal

En este sentido el artículo 23 párrafo segundo del Código Procesal Penal, establece “se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad. Esa suspensión se mantendrá hasta quince días después

de la firmeza de la sentencia respectiva. La primera interrogante surge sobre a cuál sentencia se refiere el legislador con el término sentencia respectiva. Con respecto a este tema el Experto 1 indicó,

Me parece que al no decirse, se puede prestar para interpretar tanto condenatoria o absolutoria, pensemos en el supuesto que el imputado colaborador no da una información que fuere conveniente para el ministerio público, y por ejemplo al imputado cabecilla o líder lo absuelven, entonces bajo ese supuesto uno podría pensar que luego se reabra el proceso que está suspendido en relación con el imputado colaborador, pero también podríamos pensar que haya una sentencia condenatoria y que esto conlleve a que el Ministerio Público quizás quería que el coimputado colaborador se refiriera a aspectos más detallados o que la declaración fuera más amplia y que por ejemplo talvez no lo condenaran por un delito bajo una modalidad simple sino que fuera calificada o agravada entonces en ese supuesto uno podría pensar que es complicado al no existir un lineamiento, porque perfectamente aun cuando se logre la condena que uno pensaría que en principio el Ministerio Público queda satisfecho, sin embargo, existe la posibilidad de que no sea así y que incluso este coimputado colaborador se le pueda reabrir el procedimiento aún y cuando dio información valiosa, entonces podríamos interpretar yo creo que tanto absolutoria como condenatoria (Experto 1).

En este mismo sentido el experto 3 señala,

Estimo que el artículo 23 párrafo segundo del Código Procesal Penal hace referencia a la sentencia dictada por un Tribunal de Juicio con ocasión de un debate, independientemente de que se trate de una sentencia condenatoria o absolutoria. En primera instancia, dicho artículo expone de forma genérica el término “sentencia”, sin especificar que sea absolutoria o bien condenatoria. Así, conforme al principio de legalidad propio del derecho público, no corresponde limitarlo a un tipo de sentencia en específico.

Adicionalmente, ya sea una sentencia condenatoria o absolutoria que se obtenga del debate, debe ponderarse si la colaboración del imputado sometido a un criterio de oportunidad,

satisfizo las expectativas que justificaron la suspensión de la acción penal. La ponderación de esa satisfacción, en primera instancia debe realizarla el Ministerio Público conforme al acuerdo que previamente arribó con el “testigo de la corona”, independientemente si el resultado del juicio fue una sentencia condenatoria o absolutoria. En este orden de cosas, es posible una declaración del “colaborador” o “testigo de la corona” en el debate, conforme al pacto que generó la suspensión de la acción penal, detallando por ejemplo la identidad de coautores, circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como renunciando a su derecho constitucional de abstenerse de declarar, y pese a ello, se produzca en el juicio una sentencia absolutoria por múltiples circunstancias de naturaleza probatoria o procesal que podrían surgir de un contradictorio, eventos no posibles de endilgar al testigo de la corona. Frente a este panorama, pese a una sentencia absolutoria, la declaración del colaborador, sí satisfizo las expectativas del Ministerio Público y por lo tanto debe ordenarse el sobreseimiento definitivo correspondiente a su favor.

De la información anterior se extrae que con el término “sentencia respectiva” es la sentencia generada conforme a la celebración de un debate independientemente si la misma resulta condenatoria o absolutoria, se puede notar conforme a la opinión de los expertos que existe una opinión dividida en cuanto al tema de si la actuación del testigo colaborador fue útil para satisfacer las expectativas del Ministerio Público y ambos expertos fundamentan sus respuestas en razones meramente subjetivas.

Categoría de análisis 2: Interpretación del artículo 23 del Código Procesal Penal

En esta categoría se pretende identificar la interpretación que le han dado los expertos al artículo 23, sobre ello el Experto 1 señala “me parece que la norma es muy amplia, no establece criterios claros y necesariamente hay muchos vacíos a nivel de como tramitar esto en el procedimiento ya en el día a día, lo ideal sería una reforma legislativa que pueda establecer parámetros, ahora bien si no es posible a corto plazo, al menos que el Ministerio Público pueda establecer a lo interno lineamientos que los fiscales tengan claro a qué atenerse y que puedan proceder bajo ciertos parámetros establecidos previamente a nivel de circular o lineamientos administrativos del Ministerio Público”.

El Experto 2 concuerda en que, “no es arbitraria pero debería ser más clara, porque el tercer párrafo de ese mismo artículo dice si la colaboración del sujeto o la sentencia no satisfacen las expectativas por las cuales se suspendió el Ministerio Público deberá solicitar al tribunal que reanude el procedimiento, pero casualmente cuando se hace el convenio ahí es donde nosotros normalmente eso se aclara, uno le dice al imputado; usted va a declarar sobre esto que usted conoce, nosotros vamos a buscar una condenatoria pero puede pasar que el señor vaya a declarar eso y por alguna otra razón no haya una condenatoria por ejemplo, pero el cumple por lo menos con declarar. Entonces considero que lo importante es cuando se hace el convenio, entre fiscalía, el imputado y el defensor que eso quede claro, lo más claro posible”.

Por otra parte “así planteado, la suspensión de la acción penal a favor de quien se sometió a un criterio de oportunidad por colaboración y la satisfacción de las expectativas de dicha colaboración, es razonable en el tanto debe ponderarse si el “testigo de la corona” declaró en debate conforme al pacto que justificó acceder a dicho instituto. Podría presentarse el supuesto de que, el imputado se someta a un criterio de oportunidad por colaboración, se suspenda la acción penal y en el debate, se acoja a su derecho constitucional de abstenerse de declarar. Así entonces, una vez firme la sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, deberá el Ministerio Público requerir la reanudación de la persecución penal” (Experto 3)

Claramente para los expertos la disposición del artículo 23 en tanto condiciona la efectividad de la aplicación del criterio a la satisfacción de las expectativas por parte del Ministerio Público, es una norma poco clara, según los expertos debe prestarse esencial atención al acuerdo que tiene el imputado colaborador con la Fiscalía el cual eventualmente podría ser el parámetro sobre el cual se base el Ministerio Público para emitir criterios respecto de sus expectativas.

Categoría de análisis 3: límites y los alcances del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas

En esta categoría se pretende establecer cuáles son los límites y alcances que tiene el Ministerio Público en cuanto a la emisión de criterios discrecionales posteriores al dictado de sentencia en virtud de la aplicación de un criterio de oportunidad con respecto a si la colaboración del testigo fue productiva para sus intereses.

Ante esto el Experto 3 fue enfático en señalar, “La satisfacción de las expectativas en la colaboración del “testigo de la corona” debe tener como límite y parámetro el acuerdo que justificó la suspensión de la acción penal. Es ese el marco que permitirá establecer si la declaración del colaborador en juicio cumple o no las expectativas del Ministerio Público. Supeditar una expectativa favorable del Ministerio Público a un resultado, por ejemplo, a una sentencia condenatoria, sería trasladar al “testigo de la corona” circunstancias que escapan de su control y del mismo pacto al que se arribó. Por otra parte, es claro que conforme al artículo 23 párrafo tercero del Código Procesal Penal, el Ministerio Público solicitará al Tribunal reanudar la persecución penal contra el “testigo de la corona”, si su colaboración no cumple con las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, en torno a los alcances, ha sido objeto de discusión si el requerimiento del Ministerio Público vincula al Tribunal para reanudar el procedimiento. Es decir, si está obligado el Tribunal a ordenar la reanudación del procedimiento contra el imputado que se sometió al criterio de oportunidad, únicamente mediando la solicitud del Ministerio Público. Sobre este particular, considero que nuestro sistema procesal es marcadamente acusatorio y cuenta con algunos rasgos inquisitivos que le otorgan al Tribunal ciertas facultades y controles respecto a la prescindencia o no de la persecución penal. En efecto, estimo que el artículo 23 párrafo cuarto prevé una solicitud del Ministerio Público al Tribunal para que se ordene la reanudación del procedimiento contra el colaborador, sin embargo, ello impone una actividad de control y garantía por parte del Tribunal que pondere finalmente, si el imputado colaborador cumplió cabalmente con el convenio. Bajo esta tesitura, se sugiere el control del Juzgador sobre aspectos de legalidad en torno a la coincidencia del convenio con la colaboración del imputado “testigo de la corona””.

El Experto 2 también coincide que el convenio firmado por el imputado debe ser el límite para el Ministerio Público, “se hace un convenio y se hace inclusive en algunos casos un anticipo jurisdiccional de prueba en algunos casos se puede hacer, sobre todo cuando hay peligro o hay un

riesgo de muerte pero entonces en el camino qué puede pasar, que este juicio dure, si están detenidos el juicio es más rápido pero si están en libertad el juicio se puede hacer hasta dentro de seis años, y el la acción del testigo de la corona está suspendida, en esta oficina y en otras tenemos tp (testimonios de piezas) que tiene seis, siete años ahí porque la causa principal no se resuelve y hasta que no se resuelva esto, no se puede resolver lo de b, y ahí queda. Y en ese ahí queda, el pude cambiar de criterio, se puede perder, hay muchos que los matan, entonces pueden pasar muchas cosas”.

En cuanto el procedimiento en la práctica el experto 2 nos explica, “se tiene un expediente contra varias personas entonces uno de ellos nos quiere servir como testigo de la corona, entonces se llega con él a un acuerdo, donde se le dice bueno usted va a ayudarnos, usted va a declarar contra un grupo o contra el líder, entonces hacemos un testimonio de piezas, es decir a una copia del expediente le ponemos un numero único y esta va a ser la causa que seguimos contra el testigo de la corona entonces este a él lo sacamos y lo pasamos de expediente y decimos este se suspende hasta que no se dé el resultado que queremos acá en nuestro convenio entonces en el expediente principal vamos a acusar al grupo, se indica que parte de la prueba que tenemos es a este señor y se hace el juicio, aquí puede pasar que él llegue al juicio y que el declare y que con esa declaración nos ayude a lograr demostrar la responsabilidad de esta persona pero también lo pueden matar de camino” (Experto 2).

Con respecto a los límites se tiene por interpretado según los expertos que el límite es el convenio, por lo tanto, se evidencia también una necesidad de establecer los requisitos formales mínimos que debe contener el acuerdo para una correcta tutela de los derechos del imputado.

Categoría de análisis 4: Principales retos de la aplicación del criterio de oportunidad del testigo de la corona en la práctica judicial

Comprender mejor esta categoría la explicamos en subtemas

En cuanto a la privacidad del convenio.

El experto 3, señala que “para la aplicación del criterio de oportunidad por colaboración, debe efectuarse un convenio entre la Fiscalía y el “testigo de la corona” que produce la suspensión de la acción penal a la espera de la colaboración eficaz del imputado. Ha existido discusión en la práctica judicial en torno a la privacidad o publicidad de dicho convenio. Sobre este particular, estimo que la causa penal que se generó contra el “testigo de la corona” y que se encuentra bajo suspensión de la acción penal, se trata de una causa diferente a la que dicha persona declarará como “testigo” contra otros integrantes de la organización delictiva. Esta diferenciación de procesos penales conlleva que el expediente y con ello el convenio no sea público para los implicados en el proceso penal en el cual declarará el “testigo de la corona”. Esta postura se encuentra respaldada por votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en donde se informa que no existe la obligación de mostrar el contenido del acuerdo, siendo que, a lo sumo, como es esperable, no se debe ocultar que se arribó en su momento a un criterio de oportunidad por colaboración”.

Por su parte el Experto 2 considera que el acuerdo entre el imputado y la Fiscalía es estrictamente secreto por la seguridad del colaborador, por lo que él señala que ese acuerdo no debe mostrarse a nadie ni tampoco por petición del Tribunal de Juicio, en virtud de que es más importante una vida que la causa.

La seguridad del imputado colaborador.

En las palabras propiamente dichas por parte del Experto 2, desde su experiencia de 20 años como fiscal “cuando son bandas de crimen organizado, cuesta mucho que se dé (la aplicación del criterio) por el riesgo que representa para el testigo de la corona, nosotros tenemos un sistema de protección a víctimas y testigos que ayuda a proteger a la gente, que da ciertos parámetros de cuidados que se debe tener, se pasa de domicilio, se les busca otro trabajo, que puede aplicar para ese testigo estrella”. Continúa,

Y estos programas deben durar en principio hasta que no se termine el proceso, es decir 6 años, 7 años pero la gente se cansa de esto y nosotros no podemos ponerle policía a la gente seis años en casos muy extremos se les tiene un tiempo protegidos, pero costa rica

es un país pequeño y a una persona de estas cuando la meten a un sistema de protección, le dicen: vea usted tiene prohibido usar el teléfono, prohibido usar las redes sociales; porque ha pasado que pasan a alguien de Protección de lugar y sale en redes sociales, entonces los malos rápido lo ubican y además usted tiene familiares y a los familiares se les dice: no puede tener contacto con ellos y por cuanto tiempo usted puede hacer eso?, no tener contacto con todos sus familiares talvez un mes, dos meses, pero 3 años después?, entonces si se quiere ubicar a alguien es fácil y los matan por más escondidos que estén, no es lo mismo por ejemplo, Estados Unidos que es un país muy grande, aunque sea alguien de Miami es un testigo protegido lo mandan para Hawaii es muy difícil que lo vayan a encontrar pero aquí sí en Costa Rica por las dimensiones del país, y es muy caro el sistema de protección y no es tan efectivo como uno quisiera y al no ser tan efectivo como uno quisiera a veces es ahí donde la gente dice no mejor prefiero quedarme calladito e irme a la cárcel y ya (Experto 2).

Del anterior extracto se puede determinar que no solo existen limitaciones legales para la aplicación de este criterio, sino colateralmente se ve afectado por otras leyes que en la práctica no son efectivas, que no cuentan con suficientes recursos económicos y que además no son acordes con la realidad social, cultural y geográfica del país.

Por otra parte, el experto 3 agrega en cuanto a este tema “la protección del “Testigo de la Corona”, paralelo al instituto del criterio de oportunidad por colaboración, existe la expectativa principalmente en asuntos de delincuencia organizada y criminalidad violenta, que en virtud de la declaración que pueda brindar el “testigo de la corona” en juicio, reciba amenazas o bien se afecte su integridad física o vida. Si bien en Costa Rica desde el 2009 existe legislación tendiente a la protección procesal y extraprocesal de víctimas y testigos, estimo aún insuficiente esa normativa y el andamiaje institucional para garantizar la declaración de “testigos de la corona” en casos de delincuencia organizada en donde su vida e integridad física corran peligro en virtud de su deposición. Por ejemplo, dicha normativa no previó el cambio de identidad como uno de los mecanismos para disminuir el riesgo, pudiendo ser de utilidad en supuestos de aplicación del criterio de oportunidad por colaboración.” El segundo experto señala otra falencia en cuanto a la Normativa de Protección de Testigos.

Ante la inseguridad que ostenta el Testigo de la Corona eventualmente se puede plantear un anticipo jurisdiccional de prueba, en asuntos de delincuencia organizada y criminalidad violenta, es válido considerar que el imputado sometido a un criterio de oportunidad por colaboración no pueda declarar en juicio ante la posibilidad de que su vida se encuentre en un grave peligro, dada la importancia de su declaración y la práctica de ciertas organizaciones criminales de procurar su impunidad dándole muerte a testigos.

Categoría de análisis 5: Recomendaciones de los expertos.

En esta categoría se menciona de forma breve los aportes que realiza el experto en lo referente al testigo colaborador y el artículo 23 del Código Procesal Penal.

El Experto 1, agrega “si puede ser aconsejable cierta libertad para el Ministerio Público a la hora de valorar que cada caso es distinto y de que, no es que siempre se tiene que hacer lo mismo, pero sí deben de existir lineamientos o estándares para que en circunstancias similares se pueda aplicar de manera semejante, yo sí creo que es un tema normativo, las normas no resuelven todo; pero si se diseñan normas claras, con procedimientos claros creo yo que se pueden evitar ciertas arbitrariedades o que esa discrecionalidad sea tan amplia”.

Por su parte, el Experto 2, indica que “debe mejorarse en el inciso b del artículo 22 en donde dice que el imputado colabore eficazmente con la investigación, que se entiende por colaborar eficazmente con la investigación.”

Además, la norma no indica que el Ministerio Público hará un convenio con el imputado, lo esencial sería indicar en el inciso b que el Ministerio hará un convenio con el imputado que ese convenio será escrito, que se defina claramente los objetivos y particularidades para qué cuando se deba determinar si se satisfacen o no las expectativas el mismo constituya el límite, lo cual para efectos prácticos quedaría más claro.

Interpretación

A partir del análisis de los datos obtenidos en el presente proceso investigativo es necesario realizar la siguiente interpretación de datos para dar respuesta a la pregunta de investigación, la cual era ¿Cuáles son los límites y los alcances de la discrecionalidad del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas?

Como fue expuesto en el problema de investigación la legislación es omisa en cuanto a este tema, con base en el análisis de jurisprudencia se determinó que debe existir un convenio entre las partes al respecto el voto 1030-2014 de Sala Tercera señaló “a partir de la concreción efectiva de la acción que se le imputa y de la esencialidad y trascendencia en el resultado lesivo, se fijan los parámetros lícitos y proporcionales que demarcarían el convenio entre las partes; a saber, Ministerio Público, abogado defensor e imputado arrepentido o colaborador”(Sala de Casación Penal).

Con respecto al análisis comparativo de legislación extranjera se determinó que la legislación argentina particularmente establece dentro de su normativa sustantiva una serie de requisitos formales que debe contener el acuerdo entre el ente encargado de ejercer la acción penal y el “arrepentido”, dicho acuerdo fija las condiciones, límites y alcances de la aplicación del criterio, así como la ley establece las respectivas sanciones en caso de quebrantarlo.

Según la opinión de dos expertos en el tema, uno de ellos Fiscal de la República y el otro Juez de Apelaciones, los límites y alcances de la discrecionalidad de los criterios emanados por el Ministerio Público, posterior al dictado de sentencia en virtud de la aplicación de un criterio de oportunidad sobre si la colaboración del mismo satisface o no sus expectativas deben obedecer al convenio celebrado entre fiscal, defensor e imputado.

La legislación omite el indicar que ese convenio debe existir, así como omite en dictar los requisitos mínimos que debe contener el mismo, lo más adecuado es que se establezca que debe ser escrito, secreto donde solo participen el fiscal, el imputado y su defensor y definir los hechos sobre los cuales declara, los objetivos y pretensiones del Ministerio Público de la forma más

detallada posible, en virtud de que ese convenio sería una garantía tanto para el Ministerio como para el Imputado.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

A partir del proceso investigativo surgen las siguientes conclusiones:

- El criterio de oportunidad del testigo colaborador exige como requisito límite para su aplicación un menor reproche en la lesión del bien jurídico respecto de los demás coimputados.
- La suspensión de la acción penal para el testigo de la corona, queda condicionada a que, su colaboración satisfaga las expectativas del Ministerio Público de lo contrario puede reanudarse el proceso.
- La normativa vigente y la jurisprudencia no es clara en indicar cuales son los parámetros en los cuales se debe basar el Ministerio Público para determinar si la colaboración de determinado sujeto satisface o no sus expectativas.
- Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo.

- La ley y la jurisprudencia es omisa en cuanto a la forma en que debe realizarse el convenio entre imputado colaborador y el Ministerio Público, así los contenidos mínimos y formalidades con que debe cumplir.
- Existe opinión dividida respecto de la competencia del Tribunal de Juicio para referirse a circunstancias propias del convenio del testigo de la corona, por ejemplo, su grado de reprochabilidad, las salas insisten en que ese control jurisdiccional debe presentarse; por otra parte, los expertos señalan que es una facultad que le otorga la ley exclusivamente al ente acusador.
- La legislación argentina, se encuentra ampliamente desarrollada en cuanto al instituto del “arrepentido”, se establecen límites, sanciones, requisitos del convenio, procedimiento y la cantidad de delitos por la que puede solicitar es mucho más amplia, incluye delitos aduaneros, contra la administración pública, entre otros.
- La legislación mexicana, establece los criterios de oportunidad para delitos muy leves, no se incluyen dentro de la lista taxativa delitos relacionados con crimen organizado, criminalidad violenta, delitos graves, entre otros.
- El Código Procesal Penal de Honduras establece dos listas de criterios de oportunidad se establece una lista con manifestaciones pre procesales y otra con manifestaciones intra procesales.
- La legislación de Argentina, México y Honduras, con respecto a los criterios de oportunidad y el testigo colaborador si bien se tutelan de una forma diferente, dichas regulaciones se encuentran ampliamente desarrolladas, con límites y procedimientos claros.
- El término “sentencia respectiva”, señalado en el artículo 23 del Código Procesal Penal de Costa Rica puede interpretarse como una sentencia dictada por un Tribunal de Juicio con ocasión de un debate, la misma puede ser condenatoria o absolutoria.

- El artículo 23 del Código Procesal Penal es una norma omisa, poco clara en cuanto sus disposiciones y terminología.
- Algunas acciones penales suspendidas en virtud del criterio del testigo colaborador pueden esperar un promedio de 6 a 7 años supeditadas a que se resuelva el proceso principal.
- Según la jurisprudencia el acuerdo entre la Fiscalía y el testigo colaborador debe ser completamente secreto en aras de la protección del imputado con menor reproche.
- El Programa de Protección de Víctimas y Testigos es poco efectivo y no se ajusta a la realidad social, cultural, económica y geográfica costarricense.
- Ante la inseguridad y peligro de muerte que ostenta el testigo colaborador, resulta necesario realizar anticipos jurisdiccionales de prueba.
- Como respuesta a la pregunta de investigación, no existe norma que regule las limitaciones y alcances del Ministerio Público, en cuanto a los criterios discrecionales emanados por el Ministerio Público, posterior al dictado de sentencia producto de la aplicación del testigo de la corona; la norma tampoco establece que debe existir un convenio, menos las formalidades que debe contener; sin embargo, a partir del análisis jurisprudencial y comparativo y la opinión de expertos se llega a la conclusión de que en la práctica dichos criterios sobre la satisfacción de expectativas por parte del Ministerio Público deben tener como límite el convenio celebrado con el imputado donde se debe establecer los alcances de las actuaciones de ambos.

Recomendaciones

Para el Ministerio Público

- ✓ Realizar por escrito todos los convenios celebrados con el testigo colaborador, en donde se consignen lo más detallado posible los hechos sobre los cuales declara, así como las pretensiones y expectativas del Ministerio con respecto al convenio.
- ✓ Actualizar la información de las circulares, donde se establezca de una forma clara el proceso para la aplicación del criterio, los contenidos mínimos del convenio entre testigo colaborador y el Ministerio Público.

Para la Asamblea Legislativa

- ✓ Reformar el último párrafo artículo 23 del Código Procesal Penal donde se lea “Si la colaboración del sujeto no resulta conforme a lo establecido en el convenio de aplicación del criterio de oportunidad previamente firmado por el imputado colaborador y el Ministerio Público, el último deberá solicitar al tribunal que ordene reanudar el procedimiento.

Para Futuras Investigaciones

- ✓ Efectividad y cumplimiento de los Programas de Protección a Testigos
- ✓ Derecho Comparado. Aspectos internacionales que se puedan incorporar a la normativa costarricense.
- ✓ El control del Tribunal de Juicio sobre los convenios entre el Ministerio Público y el testigo colaborador, de conformidad con la confidencialidad del acuerdo.

Referencias

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1996). Código Procesal Penal.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1998) Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo

Binder, A. (mayo 2000). Iniciación al Proceso Penal Acusatorio. Para Auxiliares de Justicia. Buenos Aires. Argentina.

Bogarín, A. (agosto 2013). El principio de Obligatoriedad de la Acción Penal y la Excepción por Colaboración del Imputado. Análisis y Propuesta. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho. San José. Costa Rica.

Cafferata, J. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puesto S.R.L.

Campos, F y Cortés, R. (2007). El valor probatorio de las declaraciones inculpativas de coimputados en el proceso penal. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917)

Cuéllar et al. Manual Procesal Penal de Honduras. Manual Teórico Práctico.

Guariglia, F. “Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatorias: el principio de oportunidad.”

Harbottle, F. (febrero 2015). El Coimputado colaborador con “menor reprochabilidad”: un criterio de oportunidad. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 7. RDMCP-UCR.

Maier, J. 2014. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 3ª reimpresión de la 2ª edición.

Manzini, V. (1948). Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Buenos Aires. Argentina.

Minoggio, D. La figura del “arrepentido” o colaborador eficaz en nuestra legislación, en el derecho comparado y su tensión constitucional: eficacia de la investigación vs garantías constitucionales. Argentina. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina46375.pdf>

Roxin, C. (2003). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. Editores Puerto.

Sancinetti, A. (agosto 2016). Dictamen sobre procedimientos de leyes, así llamados de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”. Buenos Aires. Argentina. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/02/doctrina47338.pdf>

Sánchez, I. (mayo 2005). El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.núm.07-05. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.

Sala Constitucional de Costa Rica. (1993) voto 1983.

Sala Constitucional de Costa Rica. (2001) voto 2662.

Sala Constitucional de Costa Rica. (2009) voto 12090.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2001) voto 00737.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2006) voto 00404.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2009) voto 00795.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2012) voto 00476.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2013) voto 01712.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2014) voto 01030.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2015) voto 00510.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2015) voto 01620.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2016) voto 00862.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José. (2019) voto 00318.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. 2016. Ley 27.304. Ley del Arrepentido

Sojo, G (2002). El arrepentido y la Justicia Penal. Antecedentes de la figura y breve referencia a la legislación costarricense. Cuadernos de estudio del Ministerio Público de CR.- N° 6. Recuperado de [https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr > biblioteca digital > Cuader-6](https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/digital/Cuader-6)

Rusconi, M. (n.f). Arrepentidos y justicia penal ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la inquisición del nuevo milenio? Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/arrepentidos-y-justicia-penal.pdf>

Mata, K. (2014). Análisis de la eficaz utilización del testigo de la corona como criterio de oportunidad en relación con los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho, Universidad Latina de Costa Rica, sede de Pérez Zeledón. Costa Rica.

Ministerio Público de Costa Rica (1998). Circular CIR-ADM-01-1998.

Ministerio Público de Costa Rica (1998). Circular CIR-ADM-02-1998.

Ministerio Público de Costa Rica (1999). Circular CIR-ADM-29-1999.

Ministerio Público de Costa Rica (2005). Circular CIR-ADM-19-2005.

Ministerio Público de Costa Rica (2008). Circular CIR-ADM-07-2008.

APÉNDICES

Apéndice 1: Guía para Unidad de Análisis 1, Doctrina y Jurisprudencia

1. ¿Cuáles son los puntos de conexión y discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia costarricense con respecto al criterio de oportunidad “testigo colaborador”?
2. ¿Cuáles son las teorías doctrinarias y posiciones jurisprudenciales con respecto a los criterios discrecionales emanados por el Ministerio Público, en la aplicación del Criterio de Oportunidad establecido en el artículo 2 inciso b.
3. Según la doctrina y la jurisprudencia, ¿a qué tipo de sentencia se refiere el artículo 23 párrafos del código procesal penal?
4. ¿Existe algún precedente jurisprudencial en el cual se haya dejado sin efecto un acuerdo de aplicación del criterio de oportunidad conocido como testigo de la corona después del dictado de sentencia contra los otros imputados?

Apéndice 2: Guía para Unidad de Análisis 2. Legislación Extranjera

1. ¿Cuáles son las semejanzas entre la legislación extranjera y la legislación costarricense?
2. ¿Cuáles son las diferencias entre la legislación extranjera y la legislación costarricense?
3. ¿Deja la legislación extranjera algún criterio normativo discrecional al ente acusador?

Apéndice 3: Guía Unidad de Análisis 3. Entrevista a Profundidad

1. En el artículo 23 párrafo 2 del Código Procesal Penal indica “se suspende el ejercicio de la acción penal pública en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad. Esa suspensión se mantendrá hasta quince días después de la firmeza de la sentencia respectiva”, con sentencia respectiva ¿A qué tipo de sentencia se refiere? ¿Condenatoria, Absolutoria o Ambas?
 - 1.1 ¿Por qué?
 - 1.2 En caso de elegir solo un tipo de sentencia ¿por qué no considera la otra?
2. ¿Cuáles son los principales problemas que se podrían enfrentar ante una sentencia (respuesta 1 “sentencia condenatoria, absolutoria o ambas”)? ¿Considera que es una norma arbitraria?
3. ¿Cuáles son los límites y los alcances del criterio emanado por el Ministerio Público, ante el dictado de la sentencia producto de la colaboración del “testigo colaborador”, que no satisfaga sus expectativas?
4. ¿Cuáles son los principales retos que presenta la aplicación de la figura del “testigo colaborador” en la práctica judicial?
5. En los casos de Criminalidad organizada, consideraría que ¿el Ministerio Público puede solicitar la suspensión del ejercicio de la acción penal a un cabecilla de la organización, en lugar de un sujeto con menor grado de reprochabilidad?