

Para la Escuela Judicial "Lic. Edgar Cervantes Villalta", es motivo de satisfacción y orgullo iniciar una serie de publicaciones especializadas como las "COLECCIONES DERECHO Y JUSTICIA.", las cuales profundicen y reúnan los trabajos doctrinales de los y las especialistas y participantes en las diferentes propuestas de formación, que así lo requieran, con el fin de estimular e incentivar por un lado la motivación intelectual de nuestros jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores públicos, y por otro, para extender la capacitación judicial a lo largo y ancho del territorio nacional.

La capacidad social de los servidores y las servidoras judiciales, la asimilación de valores institucionales sus expectativas de crecimiento y desarrollo humano, así como el cuestionamiento objetivo y responsable de la norma, su interpretación o de las actuaciones desarrolladas, entre otros, son factores que ineludiblemente inciden en su labor y, a su vez, en la autorrealización profesional y personal de quienes integran el Poder Judicial. De ahí la relevancia de su consideración y reproducción por parte de la Escuela Judicial, en el marco del diseño e implementación de todos y cada uno de los subprogramas de especialización proyectados para el ámbito jurisdiccional.

Esperamos que esta primera obra con contenidos de la materia penal, abra el camino para las futuras publicaciones en otras áreas del Derecho, al tiempo que fomente el juicio reflexivo y crítico sobre el quehacer judicial y su incidencia en la realidad socioeconómica nacional y foránea.





Escuela Judicial  
Lic. Édgar Cervantes Villalta



*COLECCIONES DERECHO Y  
JUSTICIA*

*PROCESAL PENAL*

*Año 2008*

## Presentación

Para la Administración de Justicia resultan esenciales el aprendizaje y el crecimiento constante de nuestros jueces y juezas, los cuales faculten la adquisición y el mejoramiento de las competencias laborales requeridas, en aras de brindar un servicio eficiente y de calidad.

Lo anterior constituye una garantía para los usuarios y usuarias del sistema de Administración de Justicia. Pero además conforma un bastión fundamental para la independencia e imparcialidad del Poder Judicial en la labor que le ha sido constitucionalmente encomendada.

Parte esencial de este proceso es el actual desarrollo de una propuesta de Formación Inicial de Jueces y Juezas, para proveer a nuestros futuros administradores y administradoras de justicia de las competencias básicas necesarias para su ejercicio profesional. Sin embargo, es evidente que ese proceso de aprendizaje y crecimiento profesional no puede terminar ahí. Necesita ser constantemente alimentado y mejorado de la mano de una propuesta de Carrera Judicial que forme a nuestros jueces y juezas de manera integral, tanto en lo que refiere al acervo cognitivo como en el desarrollo de actitudes acordes con los valores institucionales relacionados con la delicada labor de administrar justicia.

Como parte de este proceso, la Escuela Judicial impulsa el Programa de Especialización para Jueces y Juezas, el cual procura garantizar que estos y estas reciban una adecuada formación en el desempeño específico del área jurisdiccional, donde se encuentran nombrados.

Esperamos que este programa sea armonizado en el futuro legal y que se encuentre de forma reglamentaria con el sistema de ascensos y promociones profesionales de la Carrera Judicial.

Asimismo, este programa procura dotar de las competencias laborales específicas que son necesarias para ejercer satisfactoriamente la labor jurisdiccional especializada (penal, civil, comercial, contencioso-administrativo, familia, entre otros).

No obstante, un enfoque humanista de la administración nos permite tomar en cuenta que la construcción de un programa de formación como el propuesto no puede ser gestada a espaldas de la población meta, prestando oídos sordos al contexto social, tanto dentro como fuera de la institución.

El clásico experimento Hawthorne permitió desvirtuar el enfoque economicista de la teoría clásica que establecía como único agente motivacional, la retribución salarial del trabajador como contraprestación por la labor realizada.

La capacidad social de los servidores y las servidoras judiciales, su integración grupal, la adecuada asimilación de las metas, objetivos y valores institucionales compartidos, sus expectativas grupales de crecimiento y desarrollo humano, entre otros, son factores que ineludiblemente inciden en la capacidad y disposición

productiva y, a su vez, en la autorrealización personal de cada uno de nuestros jueces y juezas. Por lo tanto, son aspectos esenciales que la Escuela Judicial deberá tomar en cuenta en el marco de elaboración de todos y cada uno de los subprogramas de especialización para el ámbito jurisdiccional.

De esta forma, la Escuela Judicial planificó dos proyectos para el presente 2008, a través de los cuales se procura integrar y dar participación a los diferentes actores del ámbito de la jurisdicción penal en el diseño de un programa sistemático y ordenado de formación y capacitación especializada para jueces y juezas penales. Además, la Escuela Judicial decidió atender la especialización de este sector de jueces y juezas ante la imperiosa necesidad de una justicia penal de calidad, con profesionales debidamente capacitados para enfrentar los retos de una criminalidad compleja y desbordante.

Se impone la necesidad de determinar los principales problemas o inconsistencias del sistema de justicia penal que puedan subsanarse a través de la formación y capacitación especializada. Pretendemos que nuestras juezas y jueces penales adquieran y/o mejoren aquellas destrezas y habilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, de acuerdo con el modelo político y jurídico adoptado.

Este proceso ha contado con la participación activa de un equipo de jueces y juezas penales, fiscales, defensoras y defensores públicos altamente motivados y comprometidos con el programa de especialización para la jurisdicción penal. El trabajo interdisciplinario realizado hasta ahora permitirá contar con un diagnóstico de necesidades de capacitación no solo objetivo y adecuadamente balanceado, sino también legitimado por el valioso aporte y compromiso de este amplio sector de servidores y servidoras judiciales en el diseño del plan de formación y capacitación en materia penal.

Paralelo a este proceso, la Escuela Judicial planificó para el presente 2008, una serie de foros virtuales y conversatorios orientados de igual manera para proveer de espacios amplios de participación al sector de justicia penal en la discusión de una serie de temas propios de las etapas preparatoria e intermedia del proceso penal.

La participación –hasta la fecha de la presente publicación– ha superado nuestras expectativas, tanto en el orden cuantitativo como en la profundidad y seriedad con que se han abordado todos y cada uno de los temas propuestos: Aplicación de la teoría del delito durante las etapas preparatoria e intermedia; Uso de las medidas cautelares “penales” durante las etapas preparatoria e intermedia; Actos definitivos e irreproducibles y anticipos jurisdiccionales durante las etapas preparatoria e intermedia; Aplicación de medidas cautelares “civiles” y la demanda civil resarcitoria durante las etapas previas al juicio; Desestimación, disconformidad y sobreseimiento en las etapas previas al debate; Alcances de la función jurisdiccional decisoria durante la audiencia preliminar y manejo de la audiencia (admisibilidad y valoración de prueba, prueba indiciaria); Obstáculos y soluciones para la aplicación de las medidas alternas y el procedimiento abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia; Protesta por actividad procesal defectuosa e impugnación de decisiones durante las etapas preparatoria e intermedia; y Fundamentación de las decisiones emitidas durante las

etapas preparatoria e intermedia (medidas cautelares, anticipos jurisdiccionales, actos definitivos e irreproducibles, auto de apertura, sobreseimientos, etc).

Como fruto de este esfuerzo tanto de los directores y directoras de los diversos foros así como de sus participantes, la Escuela Judicial aprovecha para inaugurar la presente publicación periódica denominada “**Colecciones de Derecho Judicial**”, la cual contiene los artículos, ensayos y reseñas de discusión sobre los diferentes temas debatidos.

Esta información alimenta en gran medida el trabajo de campo del diagnóstico en proceso. También se pretende que sirva de herramienta para la ulterior reflexión de los servidores y servidoras judiciales del ámbito penal en todos los rincones del país.

Para la Escuela Judicial es motivo de orgullo iniciar una serie de publicaciones especializadas como la presente, las cuales profundicen y reúnan los trabajos doctrinales de los y las participantes en los diferentes foros, conversatorios y talleres, entre otros, que así lo requieran, con el fin de estimular e incentivar por un lado la capacidad y motivación intelectual de nuestros jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores públicos, y por otro, para extender la capacitación judicial a lo largo y ancho del territorio nacional.

Agradecemos profundamente a los autores y autoras así como a los directores, directoras y participantes de estas actividades académicas, por su valiosa contribución.

Ciudad Judicial, San Joaquín de Flores, Heredia.

*Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LL. M.*  
*Subdirector de la Escuela Judicial*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>TEMA 1</b>	<b>6</b>
<b>Uso de las medidas cautelares “penales” durante las etapas preparatoria e intermedia.</b>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
El fantasma de la “(in)seguridad ciudadana” y el espejismo de la estabilidad social a través de la prisión preventiva Por Rosaura García Aguilar	6
¿Seguridad ciudadana a través de la prisión preventiva? Por Javier Llobet Rodríguez	33
<b>TEMA 2. Actos definitivos e irreproducibles y anticipos jurisdiccionales durante las etapas preparatoria e intermedia.</b>	<b>49</b>
Anticipos jurisdiccionales de prueba: declaraciones recibidas como prueba anticipada Por Sandra Eugenia Zúñiga Morales	49
Algunas reflexiones acerca de los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal Por Francisco Sánchez Fallas	56
<b>TEMA 3. Aplicación de medidas cautelares “civiles” y la demanda civil resarcitoria durante las etapas previas al juicio.</b>	<b>68</b>
Las medidas cautelares reales en el proceso penal Por Rafael Ángel Sanabria Rojas	68
La aplicación de las medidas cautelares civiles en el proceso penal Por Jorge Olaso Álvarez	87
<b>TEMA 4. Desestimación, disconformidad y sobreseimiento en las etapas previas al debate.</b>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
Desestimación, sobreseimiento y disconformidad (en las etapas previas al debate) Por Rosaura Chinchilla Calderón	96
Consideraciones sobre la disconformidad en el proceso penal costarricense Por Manuel Geovanny Mena Artavia	107
Desestimación, sobreseimiento y disconformidad: la función jurisdiccional Por Max Antonio Escalante Quirós	112
<b>TEMA 5. Alcances de la función jurisdiccional decisoria durante la audiencia preliminar y manejo de la audiencia (admisibilidad y valoración de prueba, prueba indiciaria).</b>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
La audiencia preliminar Por Rafael Gullock Vargas	119

**TEMA 6. Obstáculos y soluciones para la aplicación de las medidas alternas y el procedimiento abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia.** ¡Error! Marcador no definido.

Obstáculos en la aplicación de medidas alternas Por Edgar Castrillo Brenes 131

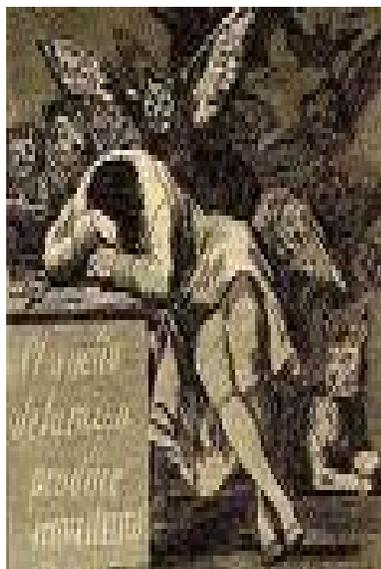
Obstáculos y soluciones para la aplicación de medidas alternas y el procedimiento abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia Por Patricia Cordero Vargas  
139

**TEMA 7. Fundamentación de las decisiones emitidas durante las etapas preparatoria e intermedia (medidas cautelares, anticipos jurisdiccionales, actos definitivos e irreproducibles, auto de apertura, sobreseimientos, etc.)** ¡Error! Marcador no definido.

Decisiones judiciales fundamentadas: un derecho que integra el debido proceso Por Milton E. Castro Serrano 147

***El fantasma de la “(in)seguridad ciudadana”<sup>1</sup> y el espejismo de la estabilidad social a través de la prisión preventiva***

***Por Rosaura García Aguilar\****



El sueño de la razón produce monstruos<sup>2</sup>

---

\* Jueza de juicio y docente de la Escuela Judicial.

<sup>1</sup> Conforme al concepto tradicionalmente utilizado, aunque se prefiere la denominación “seguridad de los y las habitantes” inclusiva de quienes no ostentan esa condición política.

<sup>2</sup> Goya, quien mediante una serie de 80 grabados, elaborados durante los años de 1793 a 1796, critica a la sociedad española de la Ilustración. En la imagen, distintos animales, monstruos o fantasmas, lo rodean cuando descansa sobre su mesa de trabajo. Con la obra “...querría indicarnos cómo la razón libera sus fantasmas durante el sueño, a través del subconsciente, por lo que se supone un anticipo del Surrealismo. También podría aludir al deseo del artista por desenmascarar todos los monstruos de la sociedad a través de sus estampas, destacando así el poder de la razón sobre las tinieblas de la ignorancia, filosofía característica del pensamiento ilustrado.” Genios de la pintura. Documento recuperado el 7 de julio de 2007 en: [www.artehistoria.jcyl.es/genios/cuadros/1793.htm](http://www.artehistoria.jcyl.es/genios/cuadros/1793.htm)

**Sumario.** Aclaración preliminar. 1. Algunas precisiones conceptuales: a) ¿Qué se ha entendido por “seguridad ciudadana”? b) ¿Cuáles deberían ser los alcances del concepto? c) ¿Por qué es importante esa delimitación? 2. El fantasma de la inseguridad subjetiva y sus detonantes: a) ¿Cuáles son las razones de la analogía? b) El bombardeo mediático como instigador del temor 3. La paradoja del encarcelamiento dentro del encierro. 4. Develar el espejismo: uso legítimo de la prisión preventiva a) La inseguridad humana como condición multifactorial. b) La seguridad de los y las habitantes en el marco del modelo jurídico y político vigente en Costa Rica. c) La alarma social: inválido fundamento de la prisión preventiva. 5. Y para continuar con la reflexión...

### **Aclaración preliminar**

La inseguridad de los y las habitantes es un fantasma o monstruo que acecha a la sociedad costarricense y hace depender el logro de la estabilidad social, cada día más, de la respuesta represiva que se le da a quienes presuntamente han incurrido en acciones delictivas.

Ese ir y venir de quejas de las personas individual y socialmente consideradas, de la policía y de otras autoridades políticas, contra la administración de justicia que no actúa — según su visión— en defensa de sus intereses, se produce en el contexto de algunas confusiones y paradojas avivadas por múltiples “sin razones”, algunas de las cuales se intentan enunciar en esta limitada reflexión.

La principal quizá es que, en nombre de la “seguridad ciudadana”, se priorice el último mecanismo cautelar de coerción penal (la prisión preventiva), asignándole un papel tranquilizador o efectista bajo la sombra de prácticas jurisdiccionales paulatinamente más restrictivas de los derechos fundamentales y contrarias a las aspiraciones democráticas de nuestro modelo de justicia y organización política.

Además, ignorantes de que con esa dinámica de “resguardo” colectivo que abusa de la represión penal, se propicia la auto-transformación en el fantasma contra el cual se combate, pues con el mismo instrumento legitimado para la protección humana, se aniquila la condición natural de dignidad y libertad que ostentan los y las habitantes del país; al tiempo, el temor se consolida como mecanismo político y social favorecedor de un continuo de relaciones de poder y dominio, dejando de lado el tratamiento de las causas y efectos del delito, así como el abordaje de los motivos de la inseguridad.

### **1. Algunas precisiones conceptuales:**

#### **a) ¿Qué se ha entendido por “seguridad ciudadana”?**

Dicha interrogante ha sido ampliamente discutida durante décadas y aunque no se pretende agotar en estas líneas su respuesta, se esbozan algunas ideas para su delimitación.

En los últimos años ha sido motivo de gran preocupación la sensación de inseguridad que aqueja a la colectividad y su atribución exclusiva al incremento de cierto tipo de delincuencia (violenta y ocurrida en las calles, principalmente).

La población nacional no se ha abstraído de esa sensación, sobre todo en los últimos meses en que la reacción popular ha sido más intensa, revelando la inminencia de abordar el

tema desde distintas perspectivas;<sup>3</sup> máxime porque suele hacerse una conexión automática entre criminalidad e inseguridad, estimándose que el aumento de conductas delictivas incide en la intranquilidad social.<sup>4</sup>

En consecuencia, el clima de terror se atribuye, fundamentalmente, a reiterados comportamientos ilícitos y agresivos, según diversas expresiones recogidas en programas noticiosos televisivos y radiales, así como a través de la prensa escrita, dando cuenta del malestar generalizado y, a su vez, de la respuesta apaciguadora de diferentes órganos estatales.<sup>5</sup>

En una entrevista realizada para un periódico de circulación nacional, el Presidente de la República, Dr. Oscar Arias Sánchez, afirmó que la “seguridad ciudadana” representaba un “problema real” y no solo un asunto de percepción a través de los medios de comunicación;<sup>6</sup> aseveración que reiteró el 1º de mayo en la sesión solemne del Congreso ante la celebración del Día del Trabajador, al enfatizar: “*No hay nada de irreal en ese dolor, no hay nada de imaginación en ese miedo [...]*”.

Tales manifestaciones se contraponen a las de la señora Janina del Vecchio, Ministra de Seguridad Pública y Gobernación y Policía, quien tanto en la reunión concertada con el Director del OIJ y el Fiscal General de la República al asumir dicha cartera, como en el discurso emitido el 10 de abril con ocasión del acto de graduación de la Escuela de Policía, ligó ese sentimiento de inseguridad a una cuestión de percepción. En esta última oportunidad señaló: “*[...] hoy urge trabajar para quitar la percepción de inseguridad que tiene la ciudadanía que supera la realidad de la inseguridad misma [...]*”

Sobre la base de esa divergencia, reiterada en diversos círculos privados y públicos, así como en aras de identificar las aristas del fenómeno y la viabilidad de algunas respuestas, surge el interés por abordar los alcances del citado concepto, el cual se caracteriza por su alta polisemia, favorecedora de su distinto uso en razón de sus múltiples contenidos y propósitos.<sup>7</sup>

Relacionada con la criminalidad, la seguridad ha sido estudiada según sus componentes:

---

<sup>3</sup> Como se pretendió con la realización del “Taller de ‘Seguridad Ciudadana’ y prisión preventiva”, organizado por la Escuela Judicial y la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, el 18 de abril de 2008; así como el “Foro Nacional de Seguridad Ciudadana, Costa Rica 2008” preparado por el Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible (CLACDS) de INCAE, el 20 de mayo del mismo año.

<sup>4</sup> Pero no sólo en la actualidad ni en el ámbito local, la defensa social se ha dimensionado de la forma expuesta. La historia latinoamericana da cuenta de ciertas semejanzas con la doctrina de seguridad nacional, conforme lo explica Zamora, M.; 2006, pp. 89-96. También en los últimos años se le vincula con ciertas tendencias expansivas del Derecho Penal, las cuales han ganado mayor terreno con los actos terroristas acaecidos a nivel mundial.

<sup>5</sup> Ante lo reducido del espacio, valga la ejemplificación de los siguientes titulares del periódico La Nación: “Hampones imponen su ley en carretera a Nosara de Nicoya” del 20 de febrero de 2008; “Fiscalía exige dureza contra delitos menores” del 6 de febrero de 2008; “Ataques a ministros de Arias democratizaron la delincuencia” y “Pandilleros causan zozobra a comerciantes de Palmares” del 24 de enero de 2008; “Nombramiento de 1.500 policías se queda corto” del 20 de enero de 2008; “Ticos sufrieron aumento de criminalidad en el 2007” del 10 de enero de 2008; “Contraloría critica la descoordinación en la lucha contra la delincuencia” del 22 de diciembre de 2007; “Seguridad ciudadana une al PAC y libertario” del 8 de diciembre de 2007; “Orotina se organiza para combatir la delincuencia” del 5 de noviembre de 2007; “Goicoechea: Hoy habrá caminata contra la violencia” del 2 de noviembre de 2007; “Indigentes y ladrones ‘dueños’ de vías josefinas” del 3 de junio 2007; y “Guápiles emprende lucha contra el hampa” del 23 de marzo de 2007.

<sup>6</sup> “Gobierno llama a reunión de alto nivel para afrontar la criminalidad” En: La Nación, 9 de enero de 2008. Con similar criterio el Director del OIJ, Jorge Rojas, en el reportaje “Costa Rica tiene evidentemente un problema de inseguridad” En: La Prensa Libre, 16 de abril de 2008.

<sup>7</sup> González, D., para quien su carácter difuso ha permitido que en épocas pasadas se utilizaran los conceptos de “seguridad nacional” y “seguridad del Estado” en el plano ideológico, los cuales “[...] pretendieron constituirse en la razón de ser de la política criminal y justificaron una gran cantidad de atropellos a los derechos humanos”.

- Objetivo: vinculado al acaecimiento real de hechos de violencia y despojo, es decir a la amenaza real de que estos ocurran.
- Subjetivo: ligado a la percepción de inseguridad o la amenaza subjetiva de que tales hechos lleguen a producirse.
- De segurabilidad o capacidad individual para prevenir esas afectaciones y protegerse de ellas.

En suma, cuando se toca el tema de la “seguridad ciudadana” generalmente el valor estabilidad se circunscribe a la interacción de las personas en espacios públicos y frente al riesgo (subjetivo u objetivo) de ser blanco de actos delictivos, lo mismo que a las medidas adoptadas para enfrentar esas amenazas.

El elemento subjetivo predomina en la opinión de la población y para establecer cuan fundado es dicho temor se utilizan referencias estadísticas sobre el incremento de la dinámica criminal en el entorno nacional.

Sin embargo, respaldos de igual carácter<sup>8</sup> dan pie para considerar que, aunque la delincuencia aumenta, esa probabilidad percibida de ser víctima de acciones violentas (amenaza subjetiva) es significativamente mayor que la probabilidad empírica (amenaza objetiva) de sufrir dichas consecuencias. En otras palabras, existe una percepción subjetiva “inflada” en contraste con la tasa real de criminalidad.

El Informe del PNUD, “Venciendo el temor. (In) seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica” (2005), básicamente reafirma que si bien en el país se ha incrementado la incidencia de ciertos delitos, la magnitud de esos índices y la posibilidad de experimentar episodios violentos no justifican la alta sensación de inseguridad vivida por la colectividad.

Los registros de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial refieren que la “tasa de delincuencia” (enfocada en el perjuicio económico y conformada por robos —comprensivos de asaltos, a casas, locales comerciales y de vehículos—; hurtos —simples, descuidos y hurtos de ganado—; estafas —simples, con timos, o con cheque—; extorsión; proxenetismo; tráfico; venta de droga; y lavado de dinero presenta una tendencia ascendente, pues de 697,5 personas por cada 100 mil habitantes que durante el año 2002 fueron afectadas por alguno de los mencionados delitos, en el año 2006 subió a 926 el número de víctimas por cada 100 mil habitantes.

Lo anterior sin desconocer que, luego de alcanzar el valor más alto del quinquenio en el año 2004, en el año 2005 experimentó una baja (de 112.8) similar a la registrada en el 2003 (de 111.8), amén de la importancia de valorar cuáles son las áreas más recurrentes; puesto que los problemas más graves de victimización se concentran en ciertas zonas geográficas, pero la dimensión subjetiva de inseguridad se extiende a todo el país (Venciendo el temor del PNUD). En similar sentido, se consideró en el citado estudio que la alta probabilidad de

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, según el Boletín de Prensa del Plenario del 4 de marzo de 2008, documento recuperado el 2 de junio de 2008 en: [www.asamblea.go.cr/actual/boletin/2008/mar08/04mar08.htm](http://www.asamblea.go.cr/actual/boletin/2008/mar08/04mar08.htm), los datos mostrados por Elías Carranza a los miembros de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana reflejan que desde el año 1980 hasta 1991 las tasas de delito se mantuvieron estables, con un promedio de 4 homicidios por cada 100 mil habitantes y si bien a partir de 1992 inició el aumento de las agresiones y otros delitos violentos hasta llegar a casi 8 homicidios en el año 2006; conforme a las cifras manejadas por ILANUD, Costa Rica reporta cinco homicidios por 100 mil habitantes, ubicándose por debajo de la tasa promedio a nivel mundial, que es de 7 por 100 mil habitantes. Una conclusión de relevancia es que todos los países de altos ingresos, a excepción de Estados Unidos, presentan tasas de homicidios inferiores a la media mundial, superada por países de medianos y bajos ingresos, determinándose la vinculación entre la inequidad social y el incremento en la criminalidad.

producción de hechos de violencia patrimonial se extrapola a otras categorías de violencia (sexual, física, emocional, etc.), por lo que para controlar la percepción de inseguridad en Costa Rica habría que reducir los niveles de victimización patrimonial.

Sin embargo, la “tasa de criminalidad” (considerada a partir de los delitos más representativos y cuyo factor común es la amenaza a la integridad física, sea: el homicidio doloso consumado y tentado, la violación, el abuso sexual, el secuestro extorsivo, la tentativa de violación, el tráfico de menores y mujeres, el rapto, y las relaciones sexuales con menor de edad) comporta un desarrollo ascendente de 94,1 en 2002 a 122,7 en 2004, año en el cual refleja el valor más alto del quinquenio, pero de 2005 a 2006 presenta un comportamiento descendente, adjudicándose al año 2006 la menor magnitud (91.8). Lo último da lugar a concluir que:

Por cada 100 mil habitantes 92 sufren una afectación a su integridad; sin embargo, esta relación es la más baja, lo que evidencia que se ha reducido la criminalidad en Costa Rica. (Poder Judicial; 2007: 42-44)

Aunado a ello, la percepción subjetiva de inseguridad está dominada por el temor a la agresión de desconocidos/as y a las formas de violencia que tienen lugar en espacios públicos, aunque también se producen (sobre todo respecto de las mujeres) graves actos de violencia en espacios privados y por personas conocidas; aparte de que las tasas de homicidios dolosos (por debajo de suicidios y homicidios culposos) de la década del setenta son similares a las del año 2005 y finales de los años ochenta, cuando ya la población costarricense se sentía tan insegura como se siente hoy, razón por la cual es un fenómeno controlable, que no amerita medidas draconianas ni lesivas del Estado de Derecho (PNUD, 2005).

Acá no se pretenden valorar las indicadas cifras, ampliamente analizadas en estudios como los citados o en otras aproximaciones;<sup>9</sup> antes bien, valga reflexionar cómo, a pesar de llegar a asumir hipotéticamente que la criminalidad es tan amplia como la percibe la población (amenaza subjetiva = amenaza objetiva), esa equiparación no salva el cuestionamiento a posiciones que exclusivamente hacen depender el logro de la tranquilidad social a la reducción de las señaladas tasas delictivas, sin considerar otros factores que repercuten —de igual forma— en dicho resultado y que, por tanto, deben evaluarse en su real dimensión para aspirar a una efectiva y adecuada atención del tema de la seguridad humana.

Por demás, esa percepción subjetiva se orienta hacia lo más visible (*vgr.* violencia patrimonial o física), pero no hacia las graves y profundas contradicciones o falencias del modelo económico costarricense, es decir las amenazas cuya solución depende, en gran medida, de las decisiones y acciones gubernamentales en tales esferas, (Fournier; 1999) y que, a falta de señalización, no son evaluadas ni afrontadas en su verdadera magnitud.

Semejante abordaje de la inseguridad ciudadana esconde problemas estructurales relacionados, entre otros, con la insuficiente inversión o ausencia de políticas públicas para el tratamiento de la pobreza, la falta de mayores fuentes de empleo, la insatisfacción de necesidades básicas para ciertos sectores de la población (en vivienda, salud o educación), la inadecuada capacitación de la policía, la carencia de programas de prevención, la rentabilidad política por la demanda y oferta de más seguridad (Christie, 1984), así como la puesta en escena de mecanismos para la selectividad de los/as delincuentes (generalmente pertenecientes a grupos vulnerables, discriminados, excluidos, extranjeros, etc.), y la implementación de tesis contrarias al reconocimiento de las garantías procesales y/o

---

<sup>9</sup> Como referencia Salas, R. Reflexiones sobre la seguridad ciudadana y la justicia penal. Decimotercer informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible.

expansionistas del Derecho Penal justificadoras del endurecimiento de la respuesta oficial violenta (*vgr.* acordes con políticas de “tolerancia cero” o “Ventanas rotas”,<sup>10</sup> doctrinas del “Derecho penal del enemigo”<sup>11</sup> sobre todo frente a delincuencia organizada como terrorismo y narcotráfico).

Así se desarrolla un proceso en el que participan instituciones, personas y soportes discursivos para construir conjuntamente un *sentido común penal* que criminaliza la pobreza. La máquina que se mueve por detrás de ese sentido común penal, está movida por la ideología económica y social basada en el individualismo y que ahora traducida en lo jurídico, se cristaliza en un efectivo y eficiente dispositivo de marketing ideológico que tiene impacto mundial. (Tijoux; 2002, pp.181-194)

Se asume “normal” o parte de la cotidianidad, lo que se “visualiza” y esa “realidad” creada y caracterizada por la gran sensación de inseguridad se ha convertido en una situación natural: “[...] *la población de Costa Rica está resignada a vivir atemorizada [...]*”, concluye el Informe del PNUD. Resulta evidente que una conducta contraproducente para la convivencia social no debería formar parte de las condiciones de “normalidad”; sin obviar que reproduce ceguera frente a ciertos factores de desestabilización, o la sobredimensión de otros con igual o menor incidencia, en el bienestar social.<sup>12</sup>

#### **b) ¿Cuáles deberían ser los alcances del concepto?**

El binomio “seguridad/criminalidad” se estima impropio por limitado y manipulado, en virtud del pobre alcance otorgado al primer concepto y ante la direccionada difusión de los medios de comunicación del segundo fenómeno, estrechamente ligado a la inseguridad.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Importadas desde Estados Unidos por ciertos países de América Latina, buscándose la sensación de seguridad a través de la detección de los conflictos de menor relevancia, pero generadores de gran insatisfacción para la colectividad (tales como la drogadicción, ebriedad, ubicación de indigentes y menores en las calles, la delincuencia juvenil, graffiti y ventas ambulantes, entre otros), mediante la ultra represión y la mayor presencia policial. Este plan de acción impulsado por William Bratton —ascendido de responsable de la seguridad del subterráneo de Nueva York, a jefe de la policía municipal— y el alcalde Rudolph Giuliani, quienes parten de un enfrentamiento directo contra personas pobres, negras y desordenadas. Dada la “efectividad” del desplazamiento de tales personas de las calles, se promueve su expansión más allá de las fronteras norteamericanas, aunque las prácticas policiales agresivas han sido objeto de algunas investigaciones administrativas y judiciales. Ver: Wacquant, L. 2004, pp.24-40.

<sup>11</sup> Las cuales fomentan una cultura del miedo globalizada, justificante del levantamiento o flexibilización de las garantías para juzgar a los “inhumanos” o monstruos que atentan contra el orden social. Al respecto sirven de referencia: Portilla, G., 2005; Cancio, M., 2003, pp. 57 a 102; Portilla, G., 2004; Riquert, F. y Palacios, L., 2003, pp.1-8; y Silva, J.M., 2001.

<sup>12</sup> Pese a que la construcción de la realidad deriva de procesos cognitivos individuales e interpersonales, la dinámica social hegemónica produce como *no existentes* o invisibles a ciertos sujetos y fenómenos. Kuhn, T. (2006), señala que los aportes significativos o revolucionarios en la ciencia fueron el resultado de una modificación de uno o varios paradigmas entonces vigentes, de una nueva visión de la realidad que permitió a la comunidad científica valorar situaciones fácticas y relaciones novedosas, las cuales no eran visibles conforme a la antigua tradición. La ruptura de paradigmas propicia las verdaderas revoluciones científicas y la transformación del mundo, al desecharse creencias, mitos o verdades estimadas como irrefutables, las cuales fueron producidas por los mismos métodos y respaldados por iguales razones que condujeron al conocimiento científico. De esa forma, si la crítica epistemológica proviene de grupos o sectores discriminados o excluidos del saber instituido, corresponderá a estos generar la adopción de posiciones opuestas o divergentes, es decir producir un cambio en la forma de apreciar esas realidades, para visibilizar situaciones y personas que, de otro modo, se mantienen marginadas u ocultas.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, Fournier, M., 1999, y Rey, G., 2005.

Por el contrario, a partir de una noción amplia, deben identificarse y examinarse las diversas causas del abandono y desamparo social, tema harto complejo y heterogéneo que, como tal, requiere de acciones públicas y privadas integrales; no solo las necesarias para responder al incremento de la tasa de delincuencia nacional, identificada como una de las tantas razones de insatisfacción colectiva, mas no la única y exclusiva de ese malestar.

Es innegable que la seguridad del ser humano no puede restringirse a la posibilidad de evitar hechos ilícitos en su contra, sino que depende, en general, de la atención de sus distintas necesidades vitales tales como el resguardo de su salud, su estabilidad laboral, la posibilidad de acceso a una vivienda digna, a la educación, a un trato equitativo, al disfrute de un ambiente sano y un largo etcétera. Por ejemplo, con el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos de 1991 (artículo 3) se aprecia la iniciativa del Sistema de Integración Centroamericana de concretar un nuevo modelo de seguridad regional más integral,

[...] sustentado en un balance razonable de fuerzas, el fortalecimiento del poder civil, la superación de la pobreza extrema, la promoción del desarrollo sostenido, la protección del medio ambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de armas.

Por otra parte, el Tratado Marco de Seguridad Democrática de 1995 también procuró instalar en las sociedades centroamericanas una base conceptual de la seguridad humana con mayores alcances: democráticos e integrales; alejándolo de su tradicional visión autoritaria de la seguridad nacional. No obstante, en el ámbito nacional la inclusión de la lucha contra la pobreza, el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, entre otros temas, no generó el acuerdo político alrededor de este instrumento; sino que, contrariamente, su amplio espectro propició plantear la dificultad de construir políticas externas e internas coherentes y consistentes, sobre todo en una región en la cual la milicia ha estado vinculada durante años con la seguridad (Matul y Dinarte; 2005: 6).

Y aunque dicho tratado ha sido objeto de críticas, se ha considerado que algunos de sus avances han sido la aceptación de que la seguridad *"[...] es un concepto inclusivo, que no se agota en los temas militares, y que requiere de un manejo integral, indivisiblemente ligado al fortalecimiento y la profundización de la democracia."*, lo mismo que el

[...] reconocer la estrecha y complementaria relación entre el desarrollo y la seguridad, al establecerse que la adecuación de los presupuestos nacionales deberá estar orientada al beneficio del sector social en salud, educación, y en aquellos otros ámbitos que contribuyan a mejorar la calidad de vida del ser humano. (Matul; s.f.)

### **c) ¿Por qué es importante esa delimitación?**

La seguridad es una aspiración fundamental para el desarrollo humano y para cualquier democracia, incluida la costarricense; empero, la manipulación y desinformación generada a su alrededor obligan a detenerse en el análisis de las consecuencias derivadas, según se adopte una noción reducida o amplia de ella.

Una u otra concepción anticipa quiénes serán identificados como responsables de garantizarla y de combatir sus amenazas. Asimismo, explica por qué la población canaliza sus exigencias y políticas de acción hacia determinados órganos públicos. Se podría considerar que:

- En tanto se parte de una concepción de “seguridad ciudadana” reducida o estrictamente vinculada al control de la criminalidad, la función de administrar justicia se visualiza como determinante para el logro de esa aspiración. Se asume que a la estabilidad social se llega con la erradicación o disminución de la posibilidad (real o percibida) de convertirse en víctima de hechos delictivos y, por ello, es eficaz y válida la necesidad de “sacar de circulación” a toda persona acusada de su comisión. En síntesis, la prisión preventiva se ubica como indispensable para vivir seguros y seguras.
- Por el contrario, si la “seguridad ciudadana” se interpreta como sinónimo de seguridad humana, la responsabilidad de la administración de justicia para la satisfacción de ese valor se diluye. Primero, porque la función cumplida por jueces y juezas es posterior a toda actividad delictiva y enfocada a asuntos específicos, y, segundo, porque la actuación jurisdiccional no satisface las necesidades económicas, sociales y laborales de todas las personas que interactúan en el ámbito nacional. De ese modo, al partir de un concepto amplio de seguridad no se considera viable la conexión “seguridad/criminalidad”, pues se requerirá un despliegue integral del aparato estatal y del sector privado en búsqueda del beneficio socioeconómico de los y las habitantes.

Por ende, tomando en cuenta que la seguridad del ser humano se alcanza más allá del control del delito, las políticas de acción para lograr tal condición de bienestar no pueden derivarse exclusivamente de lo que hagan o dejen de hacer los tribunales de justicia, ni puede centrarse solo en el tema delincuencia.

No se ignora que constituye un serio problema que la comunidad se sienta atemorizada por la actuación delictiva, pues ese estado de alarma permanente desemboca en reacciones negativas, asumiéndose, por ejemplo, patrones de comportamiento perjudiciales o agresivos como combatir por propia mano la delincuencia, adquirir armas y otros mecanismos de protección que, a su vez, autolimitan sus derechos de circulación y su privacidad<sup>14</sup>; generándose desestímulo en la inversión nacional y extranjera con repercusión en la oferta laboral, así como en el nivel de vida de los y las habitantes, y ampliándose la brecha social. Sin embargo, los efectos del aludido sentimiento no justifican la adopción de cualquier solución estatal, ni de aquellas que desconozcan las bases democráticas sobre las cuales se asienta nuestro modelo político y jurídico.

Desde esa óptica, habría que cuestionarse el énfasis y ampliación de la respuesta punitiva, así como el reforzamiento de discursos y acciones de “mano dura”, aparejados al incremento de las penas, de los delitos y, en otros países, del retorno de la milicia a la policía;<sup>15</sup> con los cuales fácilmente se dejan de lado o desechan programas preventivos integrales de carácter social y educativo, entre otros; al tiempo que se promueve el mayor sacrificio de los derechos de los y las habitantes, reconocidos para frenar los posibles abusos de los poderes públicos.

---

<sup>14</sup> “Cualquiera que sea el estado real del crimen, la percepción de falta de cumplimiento de la ley puede provocar nostalgia hacia un régimen autoritario; puede incitar al público a pedir el uso del ejército en actividades policíacas y hasta apoyar el regreso a la falta de libertades civiles”. ONU, 2007.

<sup>15</sup> “Desafortunadamente muchos gobiernos en esta región han caído en el encanto de la retórica de la “mano dura” y han cedido a la tentación de usar el ejército para actividades policíacas. Por ejemplo, en El Salvador [...] De manera similar, en Guatemala, en Abril de 2006, se creó un “escuadrón de seguridad ciudadano”, y 2400 militares fueron asignados para patrullar de manera conjunta con la policía, contrario al papel que se les otorga por la Constitución. Parecería que se busca que estos cuerpos sean permanentes [...] Honduras también ha desplegado unidades militares para patrullar las calles”. ONU, 2007.

Igual habría que cuestionarse si en los procesos judiciales donde la dignidad humana es, en principio, el centro de protección, es posible que las políticas de seguridad ciudadana cercenen ese espacio de tutela, desatiendan los fines del sistema social y democrático de derecho, e instituyan como regla la restricción cautelar de la libertad y/o de otros derechos básicos.

Más aun, cabría preguntarse —con honestidad— si para la atención de un problema multifactorial, y el cual atraviesa diversas esferas de interés humano, resultaría efectiva y coherente la respuesta que pueda ofrecer el aparato judicial; si toca en exclusiva al sistema de justicia y a sus funcionarios/as —enfrentados/as a casos concretos ya ocurridos— la búsqueda de una solución eficaz; y si realmente se justifica la sustitución del modelo penal resocializador o de la justicia reparadora, por el “modelo penal de la seguridad ciudadana”(Díez, J.L.; 2004).

De ahí la importancia de una discusión serena en torno a los alcances de la seguridad humana, de las acciones indispensables para su abordaje y de las alternativas eficaces para su mejoramiento, pues las confusiones y discrepancias en punto al tema, aparte de propiciar efectos nocivos como los citados, también podría minar la confianza popular en las instituciones claves del país y, en el supuesto particular que aquí se valora, la credibilidad y efectividad del sistema de justicia nacional. Tal fenómeno sería extensivo al grado de aceptación de nuestra democracia, la cual, como todo proceso inacabado, se construye diariamente y a partir de los resultados concretos de sus principales instituciones. Lo anterior en tanto:

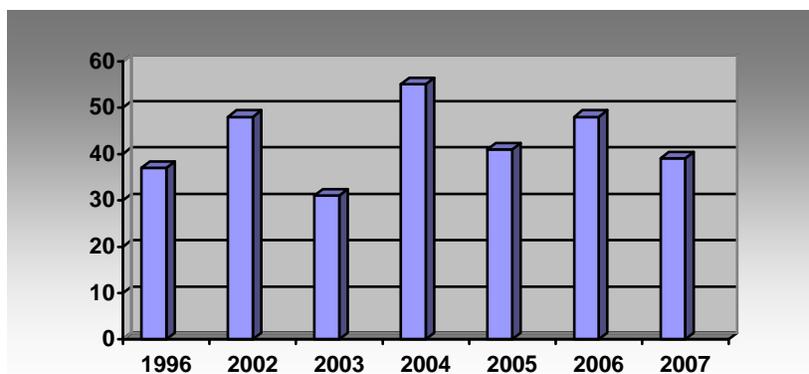
[...] la aceptación o legitimidad de la democracia aparece marcada por el grado de satisfacción que sienten las personas con el funcionamiento del sistema institucional y normativo. Las democracias modernas han adoptado la forma del estado constitucional de derecho, por tanto, la satisfacción con la democracia aparece mediada por la satisfacción con el desempeño, funcionamiento y gestión de los aparatos estatales. (UNA/IDESPO; 2005: 19)

Durante el año 2005, al preguntar a las personas por el grado de satisfacción con el sistema democrático costarricense, 79% de quienes fueron consultados/as en la encuesta telefónica y 77% en la personal manifiestan estar poco o nada satisfechos/as (UNA/IDESPO; 2005:19-25); esto a pesar de que Costa Rica muestra un comportamiento diferencial en comparación con los demás países latinoamericanos e, incluso, en los años 2006 y 2007 ocupa los primeros puestos de apoyo a la democracia (Latinobarómetro; 2007: 80-81).

La baja confiabilidad en la administración de justicia costarricense y sus altibajos también ha sido evidente durante los últimos años:

### **Gráfico N° 1**

#### **Confianza en el sistema de justicia costarricense, 1996-2007**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de los datos extraídos del Latinobarómetro 2004-2005, 2005-2006, el Barómetro Iberoamericano 2005 y el Barómetro Iberoamericano de Gobernabilidad 2007, último recuperado el 20 de junio de 2008 de: [www.cimaiberoamerica.com/](http://www.cimaiberoamerica.com/)

Por ejemplo, para el año 2004, según mediciones del IDESPO-UNA (2005), el 38,5 % de las personas entrevistadas personalmente dijeron tenerle “muchísima confianza” al Poder Judicial costarricense; el cual ocupó el quinto lugar por encima de la fuerza pública, las municipalidades, los partidos políticos, los sindicatos, las cámaras de empresarios, el ICE, los restantes Poderes y, ligeramente, sobre el Tribunal Supremo de Elecciones. De las personas consultadas telefónicamente el 43,6 % refirió “muchísima confianza” hacia la institución, superándola únicamente las universidades públicas y los medios de comunicación. Empero, durante el año 2005 se consultó a 800 personas vía telefónica y a 400 de forma personal, conforme a la encuesta telefónica el Poder Judicial nacional se situó en el octavo lugar con un 30.2 %, y en el noveno lugar según la entrevista personal, con un 25.3 % de las opiniones positivas.

Lo anterior contrasta con la baja credibilidad que históricamente ha recibido el sistema de justicia en América Latina, sólo por encima del Congreso y de los partidos políticos. Así en los años 2004, 2005 y 2006 cuenta con el respaldo del 32%, 31% y 36%, respectivamente; superado por la iglesia, la televisión, el Presidente, las municipalidades, los bancos y la policía, entre otros (Latinobarómetro; 2006).

## 2. El fantasma de la inseguridad subjetiva y sus posibles detonantes

### a) ¿Cuáles son las razones de la analogía?

Fruto del temor al delito, la población nacional también ha alcanzado los primeros puestos en percepción de inseguridad.<sup>16</sup>

De conformidad con el Latinobarómetro (2007), sólo el 5% de las personas se sienten seguras de vivir en Costa Rica, lo cual ocasiona que nuestro país comparta con Chile el tercer lugar en la lista de los lugares más inseguros, superado únicamente por Paraguay y Argentina. Además, el 73% de los/as latinoamericanos/as teme ser víctima de delitos violentos, presentándose el porcentaje más alto en Paraguay, donde el 89% de la población

<sup>16</sup> En el año 2007, los y las costarricenses definen la inseguridad como el principal problema que les aqueja (31%), por encima de la corrupción (29%), el desempleo (14%), la economía (12%) y educación (4%), por ejemplo, según el Barómetro Iberoamericano de Gobernabilidad, 2007.

siente miedo de convertirse en víctima de tales hechos ilícitos, encontrándose dos lugares más abajo Argentina, Costa Rica, Honduras y Ecuador, el primero con un 79% y los tres siguientes con un 77% de las personas que comparten dicha estimación.

En un estudio realizado por la Escuela de Matemática de la Universidad de Costa Rica (2006), al preguntarse a los/as encuestados/as: “¿Cuáles son para Usted los principales problemas que tiene en estos momentos nuestro país?”; el resultado que se obtuvo fue que un 64.9 % respondió espontáneamente que la seguridad ciudadana y la delincuencia, por encima de la pobreza, la falta de empleo, corrupción y sobornos.<sup>17</sup> Igual nivel de temor se aprecia mediante los siguientes resultados:

“Ya no nos sentimos seguros” 74.6% a favor en el 2005. “Los delincuentes ahora son más violentos” con un contundente 91.4% a favor en el 2005. “La policía no cumple su misión” 41.1% a favor y 27.5% en contra en el 2006. “Policía comunitaria ha reducido los delitos” 38,2% en contra y 34.1% a favor en el 2006(Escuela de Matemática, UCR; 2006).

A pesar del descrito sentimiento de desamparo, nuestra nación se posiciona entre las más seguras de Centroamérica<sup>18</sup> y Latinoamérica. Por ejemplo, en cuanto a la incidencia delictiva, el 63% de la población de América Latina se siente cada día más insegura de vivir en su país y aunque los datos que se presentan a continuación están basados en la medición de creencias y opiniones que pueden no reflejar la tasa de criminalidad real, se aprecia que en el desglose por país, Costa Rica se ubica dentro de los cuatro más seguros; dado que solo el 32 % de las personas consultadas respondió afirmativamente a la interrogante “¿Ha sido Ud. o algún pariente asaltado, agredido, o víctima de un delito en los últimos doce meses?<sup>19</sup>”:

### **Gráfico N° 2:**

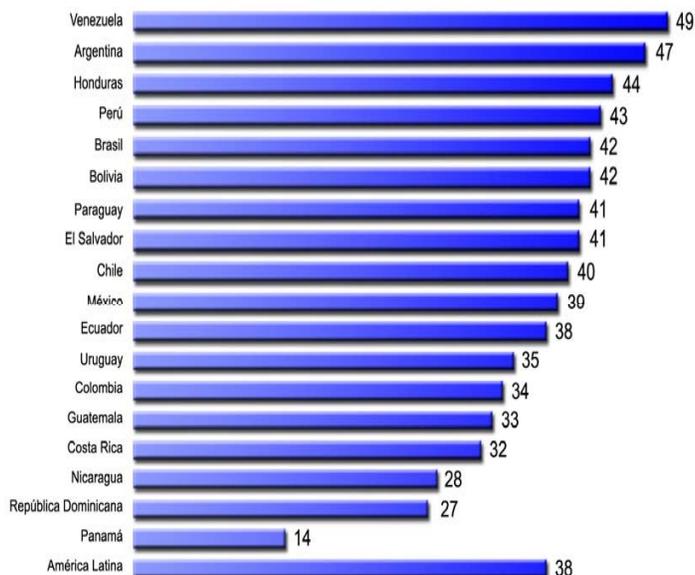
#### **Personas que han sido víctima de un delito, 2007**

---

<sup>17</sup> Se ha considerado que por causa de que Costa Rica vive desde hace muchos años una profunda crisis económica, es natural que el/la ciudadano/a otorgue mayor relevancia a los aspectos que le afectan directamente, tales como la inseguridad, falta de trabajo, pobreza, corrupción e inflación.

<sup>18</sup> Como referencia: ONU, 2007.

<sup>19</sup> A una conclusión similar se arriba con las estadísticas mostradas por LAPOP, 2006, citado por Vargas, J., 2007. En el gráfico de “Proporción promedio nacional de personas víctimas de un hecho delictual por país, con violencia y sin violencia”, que incluye varios países latinos, se observa a Costa Rica en los últimos puestos con 7.3 % víctimas de delitos con violencia, ubicándose con porcentajes más favorables Jamaica y Panamá, mientras Perú, México, Honduras, El Salvador, Chile, Nicaragua, Guatemala, República Dominicana y Colombia poseen porcentajes mayores.



**Fuente:** Corporación Latinobarómetro, Latinobarómetro, 2007. Recuperado el 8 de febrero de 2008 en:  
[www.universia.edu.uy/images/stories/pdf/latbd\\_informe\\_latinobarometro\\_2007.pdf](http://www.universia.edu.uy/images/stories/pdf/latbd_informe_latinobarometro_2007.pdf)

Si la criminalidad se asume como la causa determinante de la inestabilidad social pero, por un lado, ese ligamen no encuentra correspondencia con lo que realmente produce la incertidumbre humana (puesto que también pesan otras razones de índole social, económico y político); mientras que, por otra parte, los registros estadísticos utilizados para alimentar esa percepción tampoco tienen la magnitud que se les atribuye (dado que las tasas de criminalidad no aumentan en la expresada proporción). En consecuencia, se crea una distorsión de la realidad, un monstruo o fantasma de dimensiones y efectos exagerados, que obstaculiza la apreciación de otros factores y enfoca la persecución deshumanizada contra quienes han sido identificado como sus únicos/as gestores/as: las personas sindicadas por la comisión de hechos delictivos.

El modelo penal de la seguridad ciudadana parte de varias premisas fundamentales, algunas de ellas son:

- La anticipación de la punición mediante leyes denominadas de “emergencia” o “guerra” que, con el aval de la ciencia jurídico penal, conllevan desde reformas del código penal hasta la creación de leyes penales especiales.
- El aumento de las penas privativas de libertad y la restricción o eliminación de los beneficios penitenciarios tendentes a su reducción.
- El potenciamiento de medidas o penas que permitan contrarrestar la peligrosidad, favoreciendo la acumulación y cumplimiento sucesivo de unas y otras, lo mismo que la instauración o fortalecimiento de los internamientos de seguridad anteriores o posteriores al cumplimiento de la sanción.

- La mayor aplicación de la prisión preventiva y la flexibilidad en la utilización de otras medidas orientadas a desmontar el derecho penal garantista.<sup>20</sup>

Sin entrar en mayores detalles sobre los frutos rendidos por dicho modelo en las sociedades occidentales donde se ha venido implementando, destacan los resultados reservados, obtenidos por países como El Salvador y Estados Unidos de América.

Lo más inquietante de esa confrontación es que si el monstruo no es tal y como se le proyecta (pues obedece a una percepción infundada o distorsionada) ¿Contra qué se combate? ¿Quién estimula la batalla? ¿Por qué?...

La importancia de tales planteamientos también se vislumbra en orden a la reacción que esa sensación de temor provoca en la gente y en la respuesta dada por las autoridades estatales, particularmente del Poder Judicial, de cuyas instancias los y las habitantes —para lo que acá interesa— esperan mayor rigor en sus actuaciones y decisiones atinentes a la aplicación de medidas cautelares a personas sospechosas de la comisión de tales comportamientos ilícitos. Ese clamor popular ha generado que en no pocos casos los jueces y las juezas hayan sido calificados como “cómplices” o “alcahuetas” ante el rechazo de la prisión preventiva, pese a no concurrir las circunstancias legales para la aplicación de tal restricción.

Parafraseando a Hinkelammert (2002) “[...] la razón de la lucha desemboca en la sin razón”. En nuestro caso la sociedad costarricense —azuzada por el “terrorismo informativo” (Cruz; 2008: 55-70)— proyecta en la criminalidad y las personas implicadas con ella, no solo la inseguridad que siente o vive, sino al fantasma contra el cual lucha, considerándose legitimada para emplear las mismas armas utilizadas por ese colectivo homogéneo y monstruoso. Empero ¿Hasta dónde nos podrá llevar ese miedo y la angustia para aplacarlo? ¿Hasta dónde la presión social y la de ciertos sectores políticos y económicos lograrán romper la bases del Derecho Penal liberal? ¿Cuáles serán las fronteras de la intervención estatal?

Algunas respuestas a estas últimas interrogantes podrían moldearse a partir de lo que se consideran las principales “sin razones” del combate, en tanto pese a proyectarse la necesidad de más cárcel para eliminar al fantasma de la inseguridad, se invisibiliza una realidad más inquietante: la de los y las habitantes cada vez más dispuestos/as a autolimitarse, a valorar positivamente el levantamiento o flexibilización de las garantías para el juzgamiento penal y a ceder sus espacios de libertad en pro de una “mejor condición de vida”, cuya veta está abierta hacia el autoritarismo o el totalitarismo (Maqueda, M.L.; 2003).

Por otra parte, al acudir a los linchamientos y otros actos violentos para contrarrestar las acciones del “enemigo” social, la población ejerce las acciones que repudia y se convierte en aquello contra lo cual lucha.

## **b) El bombardeo mediático como instigador del temor**

Son diversos los factores que inciden en la sensación generalizada de inseguridad (Cruz; 2000); no obstante, interesa destacar aquí la constante exposición de las personas a hechos delictivos violentos y la noticiabilidad de estos a través de los medios de comunicación. Los cuales con la proliferación de su cobertura, espectacularidad y titulares sensacionalistas o

---

<sup>20</sup> A través de la “Facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los periodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida, etc.” Ver: Díez, J.L., 2005.

estimulantes del morbo popular, al igual que la utilización de llamativas imágenes,<sup>21</sup> escenas sangrientas, ubicación de víctimas y dolientes en primera plana, y el empleo de múltiples recursos con una proyección alarmista para enmarcar e ilustrar tales contenidos, buscan la mayor audiencia y, por consiguiente, la garantizada satisfacción de sus intereses.

Lo anterior sin obviar que tales hechos ilícitos son seleccionados, priorizados y agrupados por un selecto grupo, en correspondencia con sus diversos propósitos económicos, políticos, ideológicos, etc., mientras otros de similar o distinta magnitud son desechados o relegados, e incluso, “trabajados” con diferentes diseños y modos de comunicación (por ejemplo: variantes en las características del discurso, en la emotividad, en la narración, en la superficialidad y brevedad de su tratamiento y con titulares sin juicios de valor).

En fin, no se escatima en creatividad y esfuerzos cuando se trata de despertar el sentimiento e interés de la población hacia tales comunicaciones. Como muestra, los índices de opinión del año 2007 revelan que la radio, la televisión y los periódicos acaparan el 57%, 47% y 45%, respectivamente, de las personas que dicen tenerle “mucha” y “algo” de confianza a dichos medios masivos, colocados por encima de la credibilidad que despierta la policía y el Poder Judicial, entre otros. Además, en lo que concierne a los informativos televisivos, es notoria su mayor penetración en los hogares latinoamericanos, sobre todo al corroborarse que el 90 % cuenta con un televisor a color (Latinobarómetro, 2007: 73-81).

Además, si bien la interpretación de la realidad depende de cada persona (pues aparece ligada a su entorno, historia de vida, edad, género, condiciones económicas, etc.), las comunicaciones de ese carácter fomentan la unificación de memorias colectivas identificadas con la violencia. A su vez, propician que los contenidos y escenas de esa naturaleza contribuyan a la percepción de inseguridad, así como a la aceptación de respuestas agresivas y de acciones oficiales orientadas a la represión social.

Los medios de comunicación presentan una realidad criminal distorsionada. Se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son condenados al ámbito de lo excepcional. No se limitan a reconocer y presentar el «problema social», sino que realmente construyen y comunican una imagen virtual que no coincide con la real. De este modo contribuyen a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en el auditorio (p.ej. respecto a la probabilidad de ser víctima del delito) (Fuentes; 2005).

Pero, ¿cuáles son las razones de esa sobredimensión de los temas de delincuencia y violencia por parte de los medios de comunicación? ¿Cómo lo logran?... Algunas hipótesis refieren que en este mundo globalizado se favorece la **manipulación de la información de los medios y/o el condicionamiento conductual** (consumismo).

Con el neoliberalismo, la competencia comercial fomenta que las empresas y transnacionales busquen diferenciar sus productos, acudiendo a técnicas de publicidad y psicología con las cuales se incita a las personas a comprar determinados bienes. Ello ha provocado que —estratégicamente— se estimulen los sentimientos de la colectividad para orientar sus “elecciones” (enajenadas) hacia lo que le produce “satisfacción”.

---

<sup>21</sup> “[...] cuando utilizamos la imagen visual, entramos directamente al intelecto del interlocutor, sin tener que explicar con palabras ni con textos lo que queremos expresar. Esto, independiente de cómo lo descifre el receptor. La imagen visual se instala en forma permanente en la mente y entra automáticamente, sin necesidad de convencer a través de un discurso. Es esta cualidad de la imagen visual la que históricamente ha sido reconocida por los poderes fácticos y utilizada en función de ciertas ideas”. Universidad Católica de Chile, Facultad Historia, Geografía y Ciencia Política, 2006, El uso de la Imagen Visual “Una imagen vale más que mil palabras”.

Ese condicionamiento conductual o manipulación comercial no solo se limita a la ingesta de alimentos y compra de bienes, sino también a productos o espacios en tales centros, los cuales según su mayor audiencia generan más ganancias:

La criminalidad que se conoce a través de los medios es precisamente la más anecdótica, la menos real: los actos de violencia entre personas desconocidas. Así los medios de comunicación de masas crean una criminalidad difusa, irreal e incomprensible para la mayor parte de los mortales (Shneider; 1995) con la finalidad de inquietar o fascinar a su público. Pero, además crean la sensación de que esa criminalidad violenta, cercana a la ficción cinematográfica, está experimentando un importante aumento, lo que lleva a las ciudadanas y ciudadanos a sentir la necesidad de protegerse. (Naredo; 2001)

Los **noticieros de televisión “cultivan” las percepciones de inseguridad en el público** en tanto extienden el sentimiento de alarma social y los estereotipos sobre la delincuencia y quienes delinquen. Conforme a la “teoría del cultivo” los espacios televisivos — principalmente— inciden en la apreciación que tiene la audiencia del entorno, de manera que:

[...] una mayor exposición a los contenidos de violencia contribuye a percibir la realidad como más amenazante, a la vez que desarrolla ansiedades y un sentido de victimización (PNUD, 2005: 21).

A pesar de que se ha considerado (de acuerdo con la Encuesta Nacional de Seguridad de Costa Rica 2004, citada por PNUD; 2005) que no hay relación entre el grado de lectura de las secciones de sucesos de los periódicos nacionales y esa sensación de inseguridad, lo cierto es que estudios como “El cuerpo del delito” realizado por Rey,<sup>22</sup> aseguran que el contenido de algunos periódicos en países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú, Venezuela y Costa Rica, sí determinan similar incidencia.

Asimismo, en una investigación realizada por Fonseca Vindas y Sandoval García (2006), cuyo objetivo general era analizar el discurso de las noticias de sucesos de los medios de comunicación y los modos en que estos pueden afectar las percepciones que experimentan las personas, sobre el entorno y sobre sí mismas, al valorar el discurso de las noticias de sucesos del Diario Extra y Telenoticias, se determinó que

La hipótesis de la teoría del cultivo tiene más posibilidades de presentarse cuando la oferta de la televisión tiende a ser más homogénea. Este es el caso de Costa Rica, donde las semejanzas entre los noticieros de televisión, y los medios en general, predominan sobre las diferencias.

Además, se advirtió que los temas más cubiertos por ambos medios fueron los relacionados con homicidios y accidentes de tránsito, mientras Telenoticias ubicó en tercer lugar los temas de carácter “migratorio” y Diario Extra “las agresiones”; por lo que fue evidente el predominio de tópicos relacionados con hechos violentos, los cuales, a su vez, revelaron la priorización que se dio a tales contenidos. En general, los autores del estudio concluyeron que:

---

<sup>22</sup> El Estudio cubrió 9 y 14 periódicos: Chile: El Mercurio; Argentina: El Clarín y La Nación; Brasil: La Folha de Sao Paulo; Colombia: El Tiempo y El Colombiano; Venezuela: El Nacional; México: El Universal; Perú: El Comercio; Costa Rica: La Nación y La Prensa Libre; El Salvador: El diario de Hoy, El mundo y La prensa gráfica; así como 795 piezas periodísticas sobre seguridad ciudadana, durante 15 días entre el 20 de noviembre y el 6 de diciembre de 2004.

[...] la sensación de inseguridad no solo es consecuencia del aumento de hechos delictivos, sino también del incremento de la oferta de los medios en materia de sucesos y del surgimiento de programas, especialmente televisivos, cuyo tema preferido son los sucesos. La llamada televisión tabloide agrega más tiempo dedicado a sucesos en los informativos que se transmiten en el país, sin que haya debate público sobre las implicaciones socioculturales de estas políticas de programación. Este panorama demanda que se abran espacios de diálogo y discusión con la dirección, editores y periodistas de los medios de comunicación en Costa Rica. (Fonseca, K. y Sandoval, C.; 2006: p.33)

También se considera que tales fuentes de información **fortalecen la omnipresencia de la violencia y se benefician de la verosimilitud de la imagen**. Es innegable que dichos mecanismos ostentan un papel clave dentro de la sociedad cuando funcionan como verdaderos productores de información y generadores de opinión; pero, incorrectamente orientados, facilitan la violencia e incluso la fortalecen, pues únicamente se requiere acceder a los citados espacios para compartir esas vivencias nacionales y mundiales:

Una sociedad que, por un lado, dispone de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea. (Hassemer; 1994)

Se ha sostenido que la credibilidad de los noticieros televisivos, cuya estructura suele inclinar su preferencia por sucesos trágicos, reside en la verosimilitud de la imagen,<sup>23</sup> la cual genera el sentimiento de presenciar directamente los hechos proyectados, los cuales —como corolario— son asumidos como ciertos por el espectador o la espectadora. Desde esa óptica resulta problemático que el público pueda separar lo “real” de lo mediático:

[...] es difícil ir contra esta creencia popular en la que todos participamos: la imagen reproduce fielmente la realidad. Pero la imagen produce igualmente un efecto de evocación. Desencadena en nuestra memoria personal y colectiva recuerdos de experiencias pasadas en forma de otras imágenes [...] Este poder de evocación de la imagen viene a perturbar su efecto de transparencia, pues vemos que interpretamos y sentimos esta, a la vez, según el modo en que nos es mostrada y según es nuestra propia historia personal o colectiva. (Charaudeau; 2005: 329)

Las personas encargadas de los mecanismos colectivos de información funcionan como mediadores/as entre los hechos ocurridos (que son interpretados según su apreciación) y sus versiones (o realidades contadas a partir de esos hechos). Al final, las entregas informativas conforman una amalgama de situaciones ocurridas, percepciones y enfoques de quienes las han vivido, observado y/o valorado (directores/as, periodistas, editores/as, camarógrafos, etc.), presentándose a la persona lectora, televidente o escucha, como una verdad incuestionable.

---

<sup>23</sup> “La investigación sobre medios de comunicación sostiene que la credibilidad de la televisión reside en la verosimilitud de la imagen, la cual sugiere la sensación de estar ahí, en el lugar en que ocurren los eventos. La verosimilitud tiende a volverse equivalente a lo verdadero; la imagen es convincente y suele asumirse no tanto como el relato más confiable sobre el acontecer, sino como el acontecer mismo. Con ello la posibilidad de distinguir la realidad real y la mediática se vuelve muy problemática”. Fonseca, K. y Sandoval, C., 2006, p. 19.

Algunos estudios indican que la percepción sobre el delito en la sociedad puede estar más determinada por el tratamiento en los medios de comunicación que por la realidad. Un ejemplo de interés es que en Suiza, una de las razones por las que la percepción de alarma social en relación con el delito es bastante menor en comparación con otros países con igual o incluso menores niveles de delito, es que la prensa tradicionalmente minimiza enfatizar en las noticias sobre delincuencia. (Gunnlaugsson y Galliher citados por Wagman; 2004)

Esas realidades reducidas a hechos comunicados como noticias son transmitidas a un público que, generalmente, las admite sin mayores cuestionamientos. De esa forma, siguiendo a Foucault, las relaciones de poder entre los medios de comunicación y la colectividad hacen depender de la producción de saber o “verdad” que aquellos generan y mantienen.

De igual forma, se ha evaluado el **teorema sociológico de “Thomas”** toda vez que si los seres humanos perciben la inseguridad como un problema “real”, aunque aquella no tenga tal asidero, ese sentimiento servirá para fortalecer patrones culturales reales, proclives a la violencia. Por ello, si los y las habitantes tienen una alta percepción de inestabilidad, aunque ese sentimiento carezca de sustento real, siempre favorecerá el autoritarismo en la solución de los diversos conflictos individuales y sociales.

De ahí la necesidad de abordar con mayor profundidad y de manera sistemática las causas que provocan ese sentimiento, lo mismo que comprender la dinámica de los medios de comunicación y su impacto en las percepciones de inseguridad ligadas al delito; investigación que en Costa Rica ha sido marginal.

Otra tarea pendiente es educar a la población para que, a pesar de ese bombardeo mediático y no desprovisto de intereses económicos, ni políticos, posea mayores elementos para valorar con criticidad la información suministrada por los medios y el papel que han de cumplir los órganos estatales y la administración de justicia penal<sup>24</sup> respecto del tema descrito, cuyos aspectos son cruciales para la preservación y desarrollo de la democracia.

En esa línea, Fonseca y Sandoval enfatizan la importancia de que la población exija rendición de cuentas a las instituciones públicas, al gobierno central, los gobiernos locales y a los grupos empresariales; lo cual supone una ciudadanía informada, sea que pueda contar con indicadores sistemáticos sobre las instituciones mediales, máxime que las últimas asumen la condición de representantes no electos/as, por lo que se deben promover mecanismos independientes para evaluar y controlar su trabajo.

### **3. La paradoja del encarcelamiento dentro del encierro**

La población clama por más restricción cautelar de derechos, más sanciones privativas de libertad e incremento de las existentes, y la ampliación del espectro de conductas

---

<sup>24</sup> “[...] el sistema jurídico-penal —que incluye obviamente al proceso penal— sólo tiene sentido si se lo considera como una continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, centros de formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento. Esta es la razón por la cual las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo, pues el derecho penal constituye un «plus» adicional en intensidad, gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige”. Gil Lavedra. R., 1999, p.7.

prohibidas, entre otros paliativos contra la inseguridad social.<sup>25</sup> Sirvan para el ejemplo la mayoría de las propuestas presentadas en el “Foro Nacional de Seguridad Ciudadana 2008”, organizado por el INCAE el pasado mes de mayo, las cuales van desde la implementación de la pena de muerte hasta:

3. Aplicar la prisión preventiva como la regla y no como la excepción en los casos de delitos contra la vida y contra la propiedad, donde se utilizan armas, y hay violencia o intimidación contra personas o cosas. Ser más estrictos en la aplicación de la prisión preventiva y darles menos discrecionalidad a los jueces en su aplicación. Reformar las leyes para que, ante determinadas circunstancias que evidencien peligrosidad del individuo para la sociedad, los jueces estén obligados a aplicarla, y no quede a su discreción. 4. Construir más cárceles y ser conscientes de que la sociedad deberá presupuestar un monto mayor en su construcción y operación [...] no podemos permitir que el país siga tomado por los delincuentes por la excusa de que las cárceles están llenas [...] Hay que ser muy claros de que las cárceles en realidad no son para resocializar a los delincuentes, ya que la realidad es que sólo un pequeño porcentaje logra esto, sino que las cárceles son para sacar de circulación a personas nocivas de la sociedad. 5. Tomar muy en cuenta la reincidencia del individuo para efectos de fijar la prisión preventiva, y también para efectos de incrementar la sentencia final [...] (Centro de Estudios Jorge Manuel Dengo y Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible del INCAE; 2008).

Resulta sumamente preocupante que los niveles de comunicación hayan favorecido posturas tan disímiles, pues mientras amplios sectores de la población abogan enérgicamente por respuestas como las de la cita, priorizando el fin sobre los medios (por demás, incompatibles con las garantías vigentes y propias del Derecho Penal liberal), otros grupos — menos fortalecidos— pretenden armonizar esas soluciones con el modelo político adoptado por el Constituyente hace más de medio siglo.

Pese a ello, el mayor uso de la justicia penal tampoco ha generado mejores resultados. Es decir, ni el aumento de las tasas de presos sin condena,<sup>26</sup> ni el atiborramiento de los centros de reclusión que se ha venido experimentando en el ámbito nacional e internacional,<sup>27</sup> han variado las condiciones de la población.

---

<sup>25</sup> Verbigracia las opciones planteadas en el “Foro Nacional de Seguridad Ciudadana 2008”, organizado por el INCAE.

<sup>26</sup> Por ejemplo de 1998 a 2002 se incrementa de 33.3 a 46.0 la tasa de presos sin condena por cada 100.000 habitantes, según se concluye por Chinchilla, R. y García, R., 2003, pp. 19-21. En similar sentido: Ministerio de Justicia de Costa Rica y RPI, 2002, pp.19-21.

<sup>27</sup> CEJA (2005) revela que para el año 2004 Costa Rica cuenta con 185 presos por cada 100.000 habitantes (incluyendo personas detenidas preventivamente y sentenciadas), encontrándose por encima Belice (807), Estados Unidos (746), Puerto Rico (396), Panamá (375), Chile (237), Uruguay (212) y Brasil (187); mientras que en niveles inferiores se hallan México (183), Argentina (177), El Salvador (175), República Dominicana (155), Colombia (153), Perú (109), Canadá (103), Nicaragua (100), Venezuela (84), Paraguay (79), Ecuador (73), Bolivia (73) y Guatemala (68). Por otra parte, la tasa de sobrepoblación penitenciaria en Costa Rica para ese año, es del 6 %, únicamente superada por Nicaragua (3%) y Puerto Rico (-12%), ubicándose por encima, en ese orden Belice, Bolivia, Uruguay, Brasil, El Salvador, Perú, Chile, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Ecuador, Venezuela, Colombia, México, Guatemala y Estados Unidos; el primero con 145% y el último con 16%. Sirva también de ilustración de la situación costarricense la resolución N° 02116-2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual evidencia el problema de sobrepoblación en el Centro de Atención Institucional

Don Fernando Cruz menciona la necesidad de implementar una política social integral que permita una mejor política penal, para que la última deje de asumir los yerros y deficiencias de la primera:

La distribución desigual de los recursos afecta, indudablemente, el desarrollo de la delincuencia, por esta razón, la oferta de buenos trabajos, con salarios justos, viviendas decentes, instalaciones recreativas para todos, así como una acción policial preventiva que no reprima selectivamente y que respete los derechos individuales, son las medidas que aseguran una política de control de la delincuencia y de seguridad ciudadana en la que la represión no sea disfuncional e hipertrófica (Cruz; 2000).

Por eso, el anuncio del gobierno sobre la construcción de más cárceles para el año 2009<sup>28</sup> debe inquietar antes que provocar regocijo, pues implica seguir anteponiendo la represión a otros intereses públicos cuya atención es inminente; entre ellos la educación y la reducción de los niveles de deserción de niños/as y jóvenes que podrían engrosar las tasas de drogadicción y otros conflictos individuales y sociales relacionados, sin dejar de lado que tal elección también ignora el abordaje de los factores socio-económicos de la delincuencia y los múltiples problemas vinculados a esta. Investigaciones de la OPS, UNESCO, UNICEF, entre otros, señalan la desocupación juvenil y deserción escolar por pobreza, como algunas causas que inciden en la criminalidad de América Latina.

Además, denota el repliegue del aparato estatal en la función social de garantizar el bienestar de las personas y la vía más simplista de responder a todos los problemas interconectados con una única receta: más penas, más delitos y más violencia “legítima”.<sup>29</sup>

En las sociedades posindustriales también se liga a la crisis del Estado Bienestar, reflejada en la eliminación o reducción de los programas asistenciales, la precariedad laboral, competitividad aprendida y la desesperanza (Lledó citado por Naredo; 2001); así como a la pérdida de los lazos de vecindad y de la falta de comunicación entre personas y grupos, con cual se pierde el control de los espacios comunitarios (Naredo; 2001).

#### **4. Develar el espejismo: uso legítimo de la prisión preventiva**

##### **a) La inseguridad humana como condición multifactorial**

Para desenmascarar al fantasma y develar el espejismo de que la prisión preventiva es la solución al problema de la estabilidad humana, es necesario superar el ligamen entre inseguridad y criminalidad.

---

de San José y las malas condiciones en que conviven los privados de libertad; lo cual atenta contra sus derechos fundamentales.

<sup>28</sup> Así lo justificó la Vicepresidenta de la República y Ministra de Justicia, Laura Chinchilla, “Cárceles se deterioran por abandono estatal” En: La Nación, 18 de febrero de 2008. Señala que es necesaria la construcción de un nuevo centro penal para personas indiciadas dado que en el: “[...] país hay 16 centros de reclusión con capacidad conjunta para 8.140 personas. De ese total, 7.665 celdas están ocupadas y hay 475 disponibles. Pero ese espacio vacío puede agotarse en un año si se aprueba la nueva Ley de tránsito que impone cárcel para conductores borrachos. A esa presión se suma el hecho de que la Corte Suprema de Justicia planea empezar a realizar juicios rápidos a los carteristas”.

<sup>29</sup> Dosis similar a la administrada a la delincuencia juvenil en el pasado. Desde entonces, ese sentimiento también generalizado en la población para responder a través de la confrontación y el castigo, conforme lo considerará González, D., 1998.

La seguridad humana debe conectarse con otros estratos más allá del delincencial. Por ende, se ha enfatizado la importancia de abordar el tema de manera integral dado que la satisfacción o certidumbre de las personas no es producto de una sola causa, sino multifactorial. Un buen ejemplo de lo anterior es el abordaje que se hace en el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (1995), pues pese a que no fue aprobado por la Asamblea Legislativa, se advierte esa integración cuando en el artículo 10 se estipula que un modelo de tal naturaleza deberá partir de que:

a) la seguridad democrática es integral e indivisible. La solución de los problemas de seguridad humana en la región responderá, por tanto, a una visión comprensiva e interrelacionada de todos los aspectos del desarrollo sostenible de Centroamérica, en sus manifestaciones políticas, económicas, sociales, culturales y ecológicas; b) la seguridad democrática es inseparable de la dimensión humana. El respeto a la dignidad esencial del ser humano, el mejoramiento de su calidad de vida y el desarrollo pleno de sus potencialidades, constituyen requisitos para la seguridad en todos sus órdenes.

### **b) La seguridad de los y las habitantes en el marco del modelo jurídico y político vigente en Costa Rica**

La seguridad es un valor importante para la sociedad costarricense, sin embargo, su tutela debe darse en el marco del modelo que nos rige. Debido a la ambigüedad del concepto, las políticas de seguridad deben contextualizarse dentro del respeto de los derechos humanos (IIDH; 2007: 12).

Ninguna acción de salvaguarda de la tranquilidad de los y las habitantes puede erigirse al margen de los cánones del sistema democrático de derecho. Ello significa que la persona y su dignidad no pueden ser desplazadas del eje central que han ocupado para la actuación y tutela del Estado, ni podría tampoco desconocerse el juzgamiento penal con la vigencia de las garantías mínimas o la vulneración de los derechos humanos.

En esa línea, la limitación del derecho a la libertad y de otros derechos fundamentales debería ser realmente excepcional y no defenderse como regla. De ahí la importancia de que los jueces y las juezas también tengan amplio dominio del tema. Primero, porque si experimenten similar temor al de la población de convertirse en víctimas de hechos delictivos, están propensos a que reproduzcan ese sentimiento en sus decisiones,<sup>30</sup> o bien, porque obviando o desconociendo su papel, podrían autoperibirse como defensores/as de la seguridad colectiva, cediendo al clamor y la violencia popular.

### **c) La alarma social: inválido fundamento de la prisión preventiva**

---

<sup>30</sup> Siguiendo la teoría de los sentimientos de Agnes Heller, González G. y González M., 2006, concluyen que “*La función jurisdiccional es una expresión lingüística-psicológica producto de la propia personalidad del juzgador. La administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Sus resoluciones están arraigadas en la personalidad total del juez tanto en su conciencia jurídica formal y material, como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, con conocimiento y valoración, pasividad y actividad. Por ello, si un juez no tiene satisfechas necesidades de seguridad y expresión, entonces buscará formas alternas de satisfacer esas necesidades y su función jurisdiccional, podría verse afectada de parcialidad, ya que lo moverá motivos interesados*”.

La restricción cautelar de derechos no podría apoyarse, legítimamente, en el miedo de la colectividad de resultar afectada con tales comportamientos ilícitos, pues al asumirse que el “temor social a la delincuencia” justifica la aplicación de cualquier medida cautelar, ya no solo la prisión preventiva, se:

- estaría dejando de lado el indicio comprobado de raigambre constitucional;
- soslayaría el criterio de proporcionalidad como delimitador de la injerencia estatal (sólo ante la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de cada restricción en orden a la finalidad que se pretende alcanzar con ella);
- admitiría la incorporación de un supuesto no contemplado por la legislación procesal penal para la afectación de derechos, lo cual lesiona las garantías normativas y, entre estas, el principio de reserva legal; y
- fomentaría la asignación de un fin distinto del aseguramiento procesal. Cabe señalar que sobre la base de los peligros de fuga, obstaculización y riesgo para la víctima, las acciones de cautela buscan un objetivo eminentemente procesal y no la prevención de la delincuencia. Además, si bien la “gravedad del hecho” como “causal” de la prisión preventiva está admitida por la legislación nacional, lo cual significa que —conforme al principio de legalidad— sea de obligatorio acatamiento para quienes se encargan de aplicar la norma; todo ello no es óbice para su valoración crítica,<sup>31</sup> ni para considerar que utilizada por sí sola, esa circunstancia sirve para justificar una pena anticipada.

Es tarea de todo tribunal nacional velar por la vigencia de las garantías normativas y procesales, correspondiéndole una labor contralora real y efectiva sobre las condiciones en que se procede la prisión preventiva y otras medidas cautelares restrictivas de las distintas zonas de libertad de que gozan las personas.

Por eso, si bien la mayoría de la colectividad expresa su malestar ante la liberación de personas relacionadas con el fenómeno criminal, convirtiendo dicha medida preventiva en “lo normal” y no en lo extraordinario; la decisión para preservar la restricción a la libertad como una salida excepcional está en manos de quienes administran justicia en atención a cada caso particularmente valorado y su adecuación a las normas constitucionales y legales vigentes.

## 5. Y para continuar con la reflexión...

Las políticas de seguridad ciudadana implementadas por el Estado se han centrado en una base conceptual directamente ligada a la delincuencia y a la reacción punitiva. Como muestra el Proyecto de Ley de Fortalecimiento ¿Integral? de la Seguridad Ciudadana (2008),

---

<sup>31</sup> En tanto la “continuación de la actividad delictiva” como fundamento de dichos mecanismos cautelares es evidente que persigue propósito distinto del interés procesal y más bien se muestra orientado a la anticipación sancionatoria; máxime cuando el numeral 238 del Código Procesal Penal dispone que la prisión preventiva sólo podrá acordarse para fines de aseguramiento procesal, buscándose con la reiteración delictiva “sacar de circulación a una persona” en razón de quien presuntamente es y de lo que hace, mas no para procurar su debido juzgamiento. Ello, aparte de la discutible vigencia de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto frente a una medida cautelar amparada en la reiteración delictiva, pues ¿de qué forma se asegura el proceso cuando lo que se procura evitar es la reincidencia?, ¿cuáles serían los supuestos que permitirían considerar que existe ese peligro?, ¿hasta cuándo sería necesaria la opción cautelar o se entendería que ha cesado el motivo de reiteración que la justificó?... Y frente a actuaciones registradas en el Archivo Criminal o casos pendientes de ser juzgados, ¿cómo podría argumentarse esa proclividad sin conocerse el resultado final de esas referencias? Amén de lo decidido con base en una atribución de responsabilidad que no es definitiva, ¿implicaría la lesión al principio de inocencia? Ver CHINCHILLA y GARCIA, 2003, pp.81-83.

compuesta por seis títulos que desarrollan temas directa o indirectamente asociados con ese binomio.

Esta posición es favorecedora de la inacción de los restantes órganos gubernamentales en orden a satisfacer las múltiples demandas socioeconómicas de la población. Se trata de una lógica que aviva diversas “sin razones”, entre ellas: ¿Por qué se hace creer a la población que alcanzará la tranquilidad que desea en tanto se aplique mayor dureza a la delincuencia? ¿Por qué se estimula dicho ligamen entre la criminalidad y la seguridad? ¿Qué fuerzas motivan ese temor al delito y a sus autores/as? ¿Quién se beneficia con esa paranoia? ¿Quién pierde y qué pierde?...

La articulación inseguridad/criminalidad propicia identificar a la policía y al Poder Judicial como los principales responsables de la inestabilidad social del país. Empero, para la solución de un problema multifactorial y que atraviesa diversas esferas de interés del ser humano, no es efectiva la repuesta que pueda ofrecer aisladamente la administración de justicia. Sus funcionarios y funcionarias se enfrentan a situaciones delictivas concretas y pasadas, las cuales deben valorarse en aras de ofrecer una solución acorde con las distintas opciones que el ordenamiento jurídico autoriza. Esto significa que los jueces y las juezas no pueden poner fin a las causas y efectos de la delincuencia, ni satisfacer tampoco, mediante sus decisiones, necesidades económicas, sociales, laborales, etc., de carácter general o poblacional.

Esa reducción también promueve que la “eficiencia” del sistema de justicia penal se mida en concordancia con el uso de los mecanismos más represivos para contrarrestar ese sentimiento de temor, y no por las actuaciones respetuosas de la dignidad humana, del resguardo de las garantías y de los derechos fundamentales de los/as involucrados/as con el proceso, conforme lo determina nuestro modelo democrático de Derecho.

Igualmente, crea y recrea el sospechoso espejismo de presentar la prisión preventiva como tabla salvadora del bienestar de la colectividad. No obstante, asumir el miedo social a la delincuencia como criterio delimitador de la prisión preventiva conlleva al desconocimiento de la probabilidad de figurar como autor/a o partícipe de un hecho delictivo; soslaya el criterio de proporcionalidad; admite la incorporación de un supuesto no contemplado por la legislación procesal penal para la afectación de derechos; y fomenta la asignación de un fin distinto del aseguramiento procesal.

No cabe duda, así como *“El sueño de la razón produce monstruos”*, la percepción de inseguridad delinea el espejismo de la prisión preventiva como peldaño hacia la libertad y la estabilidad humana; al tiempo que fortalece —engañosamente— el encierro como la óptima solución para el bienestar de las personas libres.

## **Bibliografía**

BARÓMETRO IBEROAMERICANO DE GOBERNABILIDAD (2007). Recuperado el 20 de junio de 2008 en: [www.cimaiberoamerica.com/](http://www.cimaiberoamerica.com/)

CEJA (2005) Reporte sobre la justicia en las Américas 2004-2005 Documento recuperado el 10 de enero de 2008 en: [www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/presentacion-reportes-y-justicia-criminal.pdf](http://www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/presentacion-reportes-y-justicia-criminal.pdf)

CANCIO MELIÁ, M. ¿"Derecho penal" del enemigo? Trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 a 102. Obtenido el 28 de febrero de 2007 desde [www.pucp.edu.pe/escgrad/penal/derecho\\_penal\\_enemigo.pdf](http://www.pucp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_enemigo.pdf)

CEDEÑO, G.; SÁNCHEZ, C. y QUIRÓS, J. (2002) "Percepción de los jueces de juicio sobre el papel de sus sentencias en la seguridad ciudadana". En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 20, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José.

CENTRO DE ESTUDIOS JORGE MANUEL DENGÓ Y CENTRO LATINOAMERICANO PARA LA COMPETITIVIDAD Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL INCAE, Foro Nacional de Seguridad Ciudadana, Costa Rica. Documento N° 3 Propuestas Recibidas, mayo 2008. Documento recuperado el 23 de junio de 2008 en: [www.incae.ac.cr/noticias/mostrarNoticia.phtml/7321](http://www.incae.ac.cr/noticias/mostrarNoticia.phtml/7321)

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2007). Latinobarómetro. Banco de datos en línea, noviembre 2007. Documento recuperado el 18 de junio de 2007 en: [www.universia.edu.uy/images/stories/pdf/latbd\\_informe\\_latinobarometro\\_2007.pdf](http://www.universia.edu.uy/images/stories/pdf/latbd_informe_latinobarometro_2007.pdf)

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2006) Latinobarómetro. Documento recuperado el 18 de junio de 2007 en: [www.cejamerica.org/reporte/muestra\\_seccion.php?idioma=espanol&capitulo=INDSUBJE&tipereport=REPORT](http://www.cejamerica.org/reporte/muestra_seccion.php?idioma=espanol&capitulo=INDSUBJE&tipereport=REPORT)

CRUZ, F. "El claroscuro de la seguridad ciudadana en Costa Rica. Sus deficiencias históricas y las disfunciones de la reforma del proceso penal." (2000). En: *Revista de Ciencias Penales*. Año 12, N° 18, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre, pp.55-70.

CHARAUDEAU, P. (2005) ¿Nos manipulan los medios? Recuperado 14 de mayo de 2007 en: [mastertv.files.wordpress.com/2008/06/nos-manipulan-los-medios.pdf](http://mastertv.files.wordpress.com/2008/06/nos-manipulan-los-medios.pdf)

CHINCHILLA, R. y GARCÍA, R. (2003) Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva. Investigaciones Jurídicas, Costa Rica.

CHRISTIE, Niels (1984) Los límites del dolor. Traducción de Mariluz Caso, Fondo de Cultura Económica, México, 1º edición en español.

DAROQUI, A., KAMINSKY, G. y PEGORARO, J. (2003). Inseguridad. En: *Argumentos*, diciembre. Obtenido el 1º de marzo de 2007 en: [http://argumentos.fsoc.uba.ar/n03/articulos/dar\\_kam\\_peggo.pdf](http://argumentos.fsoc.uba.ar/n03/articulos/dar_kam_peggo.pdf).

- DEL OLMO, R. (2000) "Ciudades duras y violencia urbana". En: *Nueva Sociedad*. N° 167. Mayo-Junio 2000. Obtenido el 24 de marzo de 2007 desde [www.nuso.org/upload/anexos/foro\\_232.pdf](http://www.nuso.org/upload/anexos/foro_232.pdf)
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2005) De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-01, p. 01:1 -01:37. Documento recuperado el 26 de marzo de 2007 desde [criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf)
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004) El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03. Documento recuperado el 4 de julio de 2008 en: [criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf)
- ESCUELA DE MATEMÁTICA DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (2006) Proyecto de Investigación Estructuras de la Opinión Pública. Encuesta sobre corrupción en Costa Rica 2006. Recuperado el 10 de marzo de 2007 en: [www.ucr.ac.cr/documentos/Encuesta\\_Opinion\\_Publica-Conferencia\\_prensa\\_TLC\\_2007.pdf](http://www.ucr.ac.cr/documentos/Encuesta_Opinion_Publica-Conferencia_prensa_TLC_2007.pdf)
- FONSECA, K. y SANDOVAL, C. (2006) Medios de comunicación e (in)seguridad ciudadana en Costa Rica. Informe Nacional de Desarrollo Humano. Red Nacional de Desarrollo Humano, PNUD Costa Rica. Obtenido el 1º de marzo de 2007 en: [www.giga-hamburg.de/content/publikationen/pdf/wp34\\_huhn-oettler-peatz.pdf](http://www.giga-hamburg.de/content/publikationen/pdf/wp34_huhn-oettler-peatz.pdf) -
- FOURNIER, M.V. (1999). "El caso de Costa Rica, un problema estructural." Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica. Obtenido el 21 de marzo de 2007 desde [www.paho.org/Spanish/AD/FCH/CA/CasoCostaRica.pdf](http://www.paho.org/Spanish/AD/FCH/CA/CasoCostaRica.pdf).
- FUENTES, J. (2005) *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Documento recuperado el 10 de julio de 2007 en: <http://criminet.ugr.es/recpc>
- GALEANO, E. (1997). "El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los Prisioneros." En: *Revista de Ciencias Penales*. Año 9, N° 14, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre. Obtenido el 28 de febrero de 2007 desde [www.cienciaspenales.org/revistas.htm](http://www.cienciaspenales.org/revistas.htm)
- GONZÁLEZ ALVAREZ, D. (1997). "Delincuencia Juvenil y Seguridad Ciudadana". En: *Revista de Ciencias Penales*. Año 9, N° 13, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, agosto. Obtenido el 12 de marzo de 2007 desde [www.cienciaspenales.org/revistas.htm](http://www.cienciaspenales.org/revistas.htm)

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Recuperado el 26 de marzo de 2007 en: [documentacion.serviciosdeinteligencia.es/images/10-Leccin2005.pdf](http://documentacion.serviciosdeinteligencia.es/images/10-Leccin2005.pdf)

GONZÁLEZ G. y GONZÁLEZ M. (2006). La Teoría de los Sentimientos de Agnes Heller en la Función de los Jueces. *Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales* Electronic Journal of Social Sciences Epistemology. Santiago de Chile, N° 26, Septiembre.

HASSEMER, Winfried. (1994). "El destino de los Derechos Humanos del Ciudadano en un Derecho Penal "Eficaz"". En: *Revista de Ciencias Penales*. Año 5, N° 8, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo. Obtenido el 27 de febrero de 2007 en: [www.cienciaspenales.org/revistas.htm](http://www.cienciaspenales.org/revistas.htm)

HINKELAMMERT, Franz J. (2002) "La proyección del monstruo: la conspiración terrorista mundial". En: *Revista Pasos*, N° 101, Segunda Época, Mayo-Junio.

IDESPO-UNA (2005). Documento recuperado el 18 de junio de 2007 en: [www.una.ac.cr/campus/ediciones/2006/marzo/2006marzo\\_pag04.html](http://www.una.ac.cr/campus/ediciones/2006/marzo/2006marzo_pag04.html)

IIDH (2007). Seguridad ciudadana en América Latina. Una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José; Costa Rica.

LLOBET, J. (2007). Derechos Humanos y Justicia Penal. Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, Heredia.

MATUL, D. y DINARTE, G. (2005). Enfoques Políticos vigentes sobre seguridad ciudadana en Costa Rica. Informe final. San José, junio. Recuperado el 21 de marzo de 2007 en: [www.nuso.org/upload/seguridad/publicaciones.php](http://www.nuso.org/upload/seguridad/publicaciones.php)

MATUL, D. (s.f.). Condiciones estructurales, inequidad y exclusión como fuente de conflicto en Centroamérica: Explorando los vínculos. Documento recuperado el 25 de enero de 2008 en: [www.idrc.ca/fr/ev-114346-201-1-DO\\_TOPIC.html](http://www.idrc.ca/fr/ev-114346-201-1-DO_TOPIC.html)

MAQUEDA, M.L. (2003). Crítica a la reforma penal anunciada. Documento recuperado el 11 de julio de 2008 en: [www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/F7490322-75C9-4043-A9E6-7F546978AD0F/0/Comentariosalafunciondecontrol.pdf](http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/F7490322-75C9-4043-A9E6-7F546978AD0F/0/Comentariosalafunciondecontrol.pdf)

MINISTERIO DE JUSTICIA DE COSTA RICA y RPI (2002). Memoria 2002. Conferencia Latinoamericana sobre reforma penal y alternativas a la prisión.

- NAREDO, M. (2001). Seguridad urbana y miedo al crimen. *Polis Revista Académica*. Universidad Bolivariana. V 1, N° 2. Documento recuperado el 13 de julio en: [redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/305/30500214.pdf](http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/305/30500214.pdf)
- ONU (2007). Crimen y Desarrollo en Centroamérica. Atrapados en una encrucijada. p. 87. Recuperado el 13 de junio de 2008 en: [seguridadenperspectiva.blogspot.com/2008/04/crmen-y-desarrollo-en-centroamrica.html](http://seguridadenperspectiva.blogspot.com/2008/04/crmen-y-desarrollo-en-centroamrica.html)
- PNUD. (2005). Venciendo el temor. (In) seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica. Informe Nacional de Desarrollo Humano, San José.
- PODER JUDICIAL, Sección Estadística, Departamento de Planificación (2007). Compendio de Indicadores Judiciales 2002 – 2006, San José, Costa Rica.
- PORTILLA, G. (2004). “Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo”. En: *Jueces para la democracia*. N° 49, marzo. Obtenido el 7 de marzo de 2007 desde: [documentacion.serviciosdeinteligencia.es/images/10-Leccin2005.pdf](http://documentacion.serviciosdeinteligencia.es/images/10-Leccin2005.pdf)
- REY, G (2005). El cuerpo del delito. Representación y narrativas mediáticas de la seguridad ciudadana. Centro de competencia en comunicación para América Latina Recuperado el 21 de marzo de 2007 en: [www.nuso.org/upload/seguridad/publicaciones.php](http://www.nuso.org/upload/seguridad/publicaciones.php)
- RIQUERT, F. y PALACIOS, L. (2003). “El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes.” En: *La Ley, Revista Universitaria*. Año V, N° 3, junio, pp.1-8. Recuperado el 12 de marzo de 2007 en: [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf)
- RODRÍGUEZ, J. P. (2007) “Ventanas rotas”. En: *La Nación, Opinión*, 28 de enero.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2005-07980, a las catorce horas con cuarenta y siete minutos del veintidós de junio del dos mil cinco.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 2003-02116 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del catorce de marzo del dos mil tres.
- SALAS, R. (2007). Reflexiones sobre la seguridad ciudadana y la justicia penal. Decimotercer informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible.
- TIJOUX, M.E. (2002). Cárceles para la tolerancia cero: clausura de los pobres y seguridad de ciudadanos. Viña del Mar. Documento recuperado el 7 de julio de 2007 en: [www.cidpa.cl/Txt/16arti6.doc](http://www.cidpa.cl/Txt/16arti6.doc)

- GIL, R. (1990). Lineamientos para una política criminal en materia de seguridad ciudadana. *Revista del Centro de Estudios Institucionales*. N° 5, Argentina.
- JENKINS, M. (2006). “(In) seguridad ciudadana y ventanas rotas”. En: *La Nación, Opinión*, 26 febrero.
- KUHN, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México.
- VARGAS CULLELL, Jorge (2007). Conflictos, inseguridad y cohesión social en Centroamérica. Documento recuperado el 10 de enero de 2008 en: [www.cieplan.cl/inicio/codigo.php?documento=PP%20J%20VARGAS.pdf&PHPSESSID=9820672fd3d7aed9b755d2c0839d8992](http://www.cieplan.cl/inicio/codigo.php?documento=PP%20J%20VARGAS.pdf&PHPSESSID=9820672fd3d7aed9b755d2c0839d8992)
- WACQUANT, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Traducción Horacio Pons. Buenos Aires, Manantial.
- WAGMAN, D. (2004). Los cuatro planos de la seguridad. Documento recuperado el 8 de enero de 2008 en: [www.iigov.org/ss/article.drt?edi=180699&art=180703](http://www.iigov.org/ss/article.drt?edi=180699&art=180703)
- ZAMORA, M. (2007). “De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la doctrina de la justicia nacional. Retos para la aplicación de los derechos humanos en materia penal y procesal penal: ¿base para un control social de nuevo cuño?” En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 24, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

## **¿Seguridad ciudadana a través de la prisión preventiva?**

**Por Javier Llobet Rodríguez\***

Entre los días 18 al 29 de febrero de 2008 se realizaron dos *foros* simultáneos a través de la Intranet del Poder Judicial, en el que participaron funcionarios(as) judiciales previamente inscritos(as). Uno de los foros fue dirigido por la jueza Rosaura García y el otro por mi persona. Sin que nos pusiéramos de acuerdo, los temas propuestos coincidieron en cuanto a la temática del papel de la prisión preventiva en la garantía de la seguridad ciudadana. A pesar de ello no puede considerarse que esta coincidencia haya sido una casualidad, ya que en la discusión pública en los medios de comunicación uno de los temas era precisamente la propuesta de algunos de la necesidad de un dictado mayor de la prisión preventiva para garantizar la seguridad ciudadana.

En el caso del foro que dirigí, el texto propuesto como motivador para la discusión fue lo indicado por Jorge Rojas, Director del Organismo de Investigación Judicial, el 24 de enero de 2008 en el periódico La Nación. Allí se señaló con respecto a lo dicho por él:

La delincuencia no ve caras ni colores. En una inseguridad como la nuestra, cualquiera puede ser víctima. Esto hace que el costarricense sienta, precisamente, que la delincuencia nos está rebasando", opinó el jefe policial. Rojas se mostró partidario de encarcelar a los delincuentes que reinciden y hasta pidió a los jueces que en sus diligencias tomen en cuenta el daño que causan a la ciudadanía. "Cuando a una de estas personas lo llevan a un proceso (judicial), le dan oportunidad de reformarse y no lo logra, la cárcel es totalmente necesaria". De esa forma el jefe policial respondió a la inquietud de un lector, quien le cuestionó si siente la misma frustración que los ciudadanos cada vez que un delincuente es dejado en libertad. "Yo he dicho que los jueces no solo deben resolver el tema (de prisión preventiva) apegados al derecho, sino también apegados a la conciencia social", enfatizó.

La discusión con respecto al texto no pretendía de ninguna manera desmeritar a Jorge Rojas, quien ha dirigido con gran profesionalismo el Organismo de Investigación Judicial. Por otro lado, contrario a algunos que han criticado diversas posiciones de Jorge Rojas, considero que parte del equilibrio que debe existir dentro de una sociedad es la existencia de diversas posiciones y es totalmente natural que desde la perspectiva de la policía judicial se sostengan posiciones como la mantenida por él.

Al finalizar el foro, en el que hubo una gran participación, formulé las siguientes conclusiones:

---

\* Ex juez de casación y abogado litigante.

1) La cita tomada del periódico que abrió el foro, en la que se indicaba lo dicho por el Lic. Jorge Rojas, Director del OIJ, está relacionada, como bien lo indicaron en general los intervinientes con la problemática de la 'inseguridad ciudadana' o más técnicamente 'inseguridad de los habitantes', partiéndose de la relación entre la misma y la falta de dictado de la prisión preventiva (entre otros véase lo indicado por Líner Alberto Zúñiga, Carlos Roberto Rodríguez. En general todos los intervinientes hacen referencia a ello). El concepto de 'inseguridad ciudadana', como bien lo indica alguno de los participantes es relacionado con la delincuencia convencional (Víctor Francisco Cruz).

2) La relación que se establece entre la 'inseguridad de los habitantes' en la cita y la falta de dictado de la prisión preventiva es problemática, tal y como se indicó en diversas intervenciones, ya que parte de asignarle a la prisión preventiva funciones preventivas, similares a las que corresponden a las penas, no teniendo así una función meramente procesal, todo lo cual plantea problemas con la presunción de inocencia, que exige la distinción entre la pena privativa de libertad y la prisión preventiva, distinción que no se puede hacer desde el punto de vista de lo que implica la pena privativa de libertad y la prisión preventiva para la persona que las sufre, es decir el grado de injerencia en la libertad personal, sino solamente desde la perspectiva de los fines que se persiguen con la pena privativa de libertad y la prisión preventiva. Este tema de los fines de la prisión preventiva fue el último de los planteados por mí para la discusión y lleva a poner en entredicho causales como el peligro de reiteración delictiva, basado en la prevención especial negativa y el peligro de 'escándalos' o 'alarma social' (no previsto en el Código y que sería un supuesto contra legem), que ocupó un lugar importante en la discusión. Sin embargo, se hizo referencia por algunos de los intervinientes desde el inicio del foro a la función procesal de la prisión preventiva (por ejemplo por Max Escalante, Guillermo Arce, Carlos Roberto Rodríguez, Loyree Muñoz, Katherine Salazar). Luego de mi solicitud hicieron mención también diversos intervinientes, mencionando en particular el carácter cautelar de la prisión preventiva (véase Andrea González, Xiomara Gutiérrez) y alguno de ellos criticando la causal de peligro de reiteración delictiva, la que, como se dijo, es problemática, por su relación con los fines de la pena (Xiomara Gutiérrez). Sin embargo, debe reconocerse que el peligro de reiteración delictiva es una causal contemplada en nuestra legislación y avalada por la Sala Constitucional (Magaly Hernández la menciona dentro los supuestos de la prisión preventiva). Debe con todo, por lo problemática que es, si se llega a aplicar, hacerlo con un carácter totalmente restrictivo. Para ello no solamente deben considerarse los problemas que presenta con la presunción de inocencia, que deberían llevar a su inconstitucionalidad, sino también la dificultad del pronóstico delincencial que se vierte y que en la práctica se formula con gran ligereza.

3) Se hizo por varios de los intervinientes la relación entre las declaraciones del Jefe de la Policía y lo que se ha llamado el 'Derecho Penal del enemigo' (por ejemplo por Max Escalante, Guillermo Arce, Katherine Salazar). Uno de los aspectos que se propugnan en el mismo es una reducción de las garantías procesales y por supuesto con ello el dictado de la prisión preventiva. Se parte de la distinción entre 'ciudadanos' y 'delincuentes'. Ello llevaría a la distinción entre 'personas

honradas' y 'delincuentes'. Con todo la mención al Derecho Penal del enemigo debe tener dos observaciones: la primera de ellas que el reclamo del reconocimiento del Derecho Penal del enemigo que hace Jakobs, que debe ser criticada por ser contraria al principio de dignidad humana, pretende que el 'Derecho Penal del ciudadano' no sea contaminado por la tendencia a la reducción o ausencia de garantías, es decir se pretende dos tipos de Derecho, un 'Derecho Penal del ciudadano' y un 'Derecho Penal del enemigo', con respecto al cual existe discusión si realmente podemos hablar de un derecho. Sin embargo, muchas de las propuestas que se hacen comúnmente no parten siquiera de esta distinción entre Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal del ciudadano, sino más bien tienden a la asimilación de los dos en el primero. La segunda observación es que el Derecho Penal del enemigo, según la versión de Jakobs, pretende que sea aplicado a aquellos que en forma permanente se encuentran enfrentados con el ordenamiento jurídico, abarcando por ejemplo a los delincuentes habituales, a los que actúan dentro de la delincuencia organizada, a los que pertenecen a los grupos terroristas, etc. Si se partiera de ello básicamente habría que abarcar como parte de un Derecho Penal enemigo en ese sentido el dictado de la prisión preventiva como respecto a los multireincidentes, lo que va incluso más allá de la causal de peligro de reiteración delictiva.

4) Las intervenciones reclaman el que las afirmaciones en el periódico provengan del Jefe Policial del OIJ (por ejemplo por Ricardo Barahona, Andrea González, Allan Alberto Mora, Xiomara Gutiérrez, Seyla Meza, Loyree Muñoz). En cuanto a ello, ya en alguna participación mía anterior indiqué que es desde mi punto de vista normal que esa sea la posición de la policía, ya que tradicionalmente por la posición que ocupa con respecto a la averiguación de los delitos, la lleva a un enfrentamiento con respecto a los imputados que desde el punto de vista policial son estimados como responsables de los delitos. Esto había sido anotado por algunas de las personas intervinientes antes de que yo lo hubiera mencionado (Maribel Gutiérrez y Jorge Luis Morales).

5) Muy relacionado con ello, alguno de los intervinientes (Ricardo Barahona) hizo mención a la distinción que se puede hacer entre la solución policial de un caso y la resolución judicial del mismo, puesto que con frecuencia un caso se considera desde la perspectiva de la policía que está resuelto, pero no puede afirmarse ello cuando se analizan las pruebas desde la perspectiva judicial, todo ello en relación con la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como causal de prisión preventiva. Además por supuesto y volviendo a los fines de la prisión preventiva, no puede admitirse que se llegue a 'ejecutar' la pena desde el momento en que policialmente se considera que el asunto fue resuelto, sino se requiere que se lleve a cabo el proceso penal, requiriéndose el dictado de una sentencia condenatoria para ello.

6) Se ha manifestado también que las afirmaciones del Jefe Policial no son aisladas, sino tienen concordancia con muchas afirmaciones que se hacen en la Prensa por otras personas (véase por ejemplo Jorge Morales, Roberto Madrigal y Allan Alberto Mora, William Serrano), resultando que la misma hace una gran presión para el dictado de la prisión preventiva (véase por ejemplo Loyree Muñoz). Igualmente se indicó por algunos como uno de los factores que ejercen presión para el dictado de la prisión

preventiva el reclamo que hace la Prensa al respecto (véase por ejemplo Guillermo Arce, Roberto Madrigal, Andrea González, Katherine Salazar y Allan Alberto Mora). La investigación de Rosaura Chinchilla y Rosaura García, mencionada en una intervención mía anterior, hizo revelaciones en ese sentido. Es importante tener en cuenta que el juez no está aislado en la sociedad y al igual que todos puede sentir miedo al crimen y con ello la existencia de un estado de inseguridad de los habitantes. Igualmente en la relación personal que tiene con otras personas, incluyendo sus familiares y amigos, se expresan preocupaciones en ese sentido. Lo importante es que el juez sea conciente de esta situación y de los prejuicios que puede tener, ello para no dejarse llevar por los prejuicios en su decisión.

7) Se hizo mención también entre los factores que en la práctica influyen en el dictado de la prisión preventiva está la amenaza latente de un procedimiento disciplinario, cuando no se procede a dictar la prisión preventiva, lo que es problemático en relación con el principio de independencia interna. Varios intervinientes hicieron mención a problemas en la práctica al respecto (véase Guillermo Arce, Katherine Salazar y Xiomara Gutiérrez). El tema está relacionado también al de la presión de la prensa, y hoy día también se considera que la misma puede llegar a afectar la independencia judicial, en este último caso la externa.

8) De estas 'denuncias', hechas por algunos de los intervinientes, puede extraerse incluso conclusiones diversas a las expresadas por Jorge Rojas, ello en el sentido de que más bien ha existido una tendencia a dictar en forma más fácil las prisiones preventivas que en un pasado (véase Loyree Muñoz y Andrea González). Yo en algún momento escribí y lo manifesté en un Congreso de la Defensa Pública sobre la prisión preventiva, que a principios de la década de los noventa del siglo pasado, con la creación de la Sala Constitucional, un juez era muy cuidadoso con el dictado de la prisión preventiva, posteriormente ya a finales de la década de los noventa del siglo pasado se había invertido ello, y más bien el juez era muy cuidadoso de no dictar la prisión preventiva, al menos en los casos difíciles. A ello hizo referencia alguno de los intervinientes en un sentido muy similar (véase Loyree Muñoz).

9) El tema de la 'conciencia social' ocupó las intervenciones. Se hizo una crítica a la forma en que se utilizó este concepto por el Jefe Policial (véase por ejemplo Maribel Gutiérrez, Xiomara Gutiérrez), lo mismo que la indeterminación de ese concepto (William Serrano). El sentido en que probablemente fue utilizado por el Lic. Jorge Rojas fue que existía una responsabilidad de los jueces en contra de la delincuencia, que los debía llevar al dictado de la prisión preventiva para combatirla. Esta posición fue muy combatida en el foro (Véase por ejemplo Andrea González) y con razón. Lo mismo cabe con respecto al concepto de 'alarma social' como supuesto de prisión preventiva, muy criticado en el foro (Véase Liner Alberto Zúñiga, Roberto Madrigal, Guillermo Arce y William Serrano).

Sin embargo, es importante mencionar el concepto 'conciencia social' en sentidos diversos a los indicados por el Jefe Policial. Ya algunos de los intervinientes hizo referencia a la prevención de la delincuencia a través de una política social adecuada (por ejemplo Ricardo Barahona, Viviana Obando). Se ha hecho referencia a que el tratar de combatir la delincuencia simplemente con la pena privativa de libertad y la prisión

preventiva es un enfoque equivocado (véase por ejemplo Magaly Hernández), unido por supuesto a los problemas que con respecto a la presunción de inocencia implica esta concepción, a lo que hice mención antes. Existe en general concordancia entre los estudiosos de la criminalidad en que la 'mejor política criminal' es una 'buena política social'. Esto está relacionado con lo que el concepto de conciencia social tiene cuando se utiliza desde la concepción de las ciencias políticas. Implica la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales y la interrelación entre estos y los derechos civiles y políticos, de modo que incluso para la plena realización de los segundos se requiere la garantía de los segundos (véase la intervención de Viviana Obando en particular). En este sentido Ferrajoli, quien habla de un Derecho Penal Mínimo, hace referencia a la exigencia de un Derecho Social Máximo, que garantice las condiciones mínimas para la subsistencia. Dentro del concepto de conciencia social debe también considerarse lo que implica la privación de libertad para las personas y las condiciones en que se cumple la misma, lo mismo que los diversos factores sociales que pueden haber influido en que una persona haya llegado a cometer un hecho delictivo. A los problemas que implica para la persona el hecho de que se dicte la prisión preventiva en su contra se refirieron algunos de los intervinientes (véase Carlos Roberto Rodríguez, Andrea González, Liner Alberto Zúñiga y Ana Yancie Umaña). Todo ello debe llevar a considerar que el juez en la toma de sus decisiones no puede simplemente escudarse en la ley, sino debe tener en cuenta las repercusiones de sus decisiones y con ello la realidad social, aunque ello en un sentido diverso al indicado por el Jefe de la Policía Judicial.

Posteriormente se llevó a cabo un *conversatorio* con funcionarios(as) judiciales en la ciudad de Liberia el 6 de marzo de 2008, con una gran participación de jueces(zas), fiscales(as) y defensores(as). El conversatorio fue dirigido en conjunto por Rosaura García y por mi persona, teniendo por tema también la discusión sobre la seguridad ciudadana y la prisión preventiva. En general las posiciones sostenidas por las personas que participaron en el conversatorio no tuvieron mayor divergencia con respecto a lo que se sostuvo en el foro que anteriormente había dirigido, rechazándose como inexacta la afirmación de que a través de la prisión preventiva debía garantizarse la seguridad ciudadana, debiéndose asignar a la prisión preventiva funciones cautelares y no de carácter retributivo, de prevención general o especial.

Se discutió además sobre la dificultad que implica la prognosis de peligro de reiteración para el dictado de la prisión preventiva y los problemas que implica esa causal con respecto a la presunción de inocencia. Como aspectos adicionales se resaltó la presión que reciben los(as) fiscales(as) y jueces(zas) de la prensa y la comunidad para el dictado de la prisión preventiva, unido a que los(as) funcionarios(as) judiciales, al igual que todos(as), no son ajenos(as) al miedo al crimen.

Además se enfatizó sobre la necesidad de ser conscientes de ello y de todos los prejuicios, para tratar de resolver el asunto de manera adecuada, de modo que aspectos ajenos al caso influyan en el dictado de la resolución. Por otro lado, para sorpresa de Rosaura García y mía, alguno de los defensores planteó la sospecha de si el tema del foro y del conversatorio no había sido una manera por la cual el Poder Judicial trataba de influir en la actuación de fiscales(as) y jueces(zas) para un mayor dictado de la prisión preventiva, para garantizar la seguridad ciudadana.

Con respecto a lo indicado en el foro, son importantes las siguientes observaciones adicionales:

- 1) No se puede negar que existe un grave problema de inseguridad de los(as) habitantes en el país, aunque no de la magnitud del miedo al crimen existente. La cantidad de homicidios por 100,000 habitantes ha subido hasta aproximadamente 8, cuando a principios de la década de los noventa era de aproximadamente 4<sup>32</sup>. Aquí debería comenzar una nueva numeración de la cita y no corrida como aparece
- 2) Debe reconocerse que el miedo al crimen, que en general supera en mucho a la inseguridad real existente, produce efectos muy negativos en la calidad de vida de las personas. El miedo al crimen se traduce en la sensación de que el riesgo de ser víctima de un delito es demasiado alto<sup>33</sup>. Se tiene la impresión de no encontrarse a salvo de la delincuencia en la casa, en la calle o en el lugar de trabajo<sup>34</sup>. Todo ello lleva a un cambio de los hábitos de vida, por ejemplo: se tratan de evitar las salidas de noche, se dejan de frecuentar ciertos lugares que se estiman como peligrosos, se evita dejar la casa de habitación sola, se adquieren armas, se ponen rejas, se contratan servicios privados de seguridad, se organizan comunalmente en contra de la delincuencia, etc.<sup>35</sup>.
- 3) No puede menospreciarse de ninguna manera la grave afectación de la calidad de vida que se produce con la delincuencia violenta y, por otro lado, con la sensación de inseguridad que se produce por el miedo al crimen, por más que dicha sensación no corresponda al aumento real de la criminalidad, ya que el miedo al crimen está muy asociado al espacio que se le asigna a la criminalidad en los medios de comunicación. El hecho de que el miedo al crimen no refleje el aumento de la criminalidad, sin embargo, no quiere decir que esta no haya aumentado.
- 4) Se han desarrollado una serie de mitos que en general son aceptados por la comunidad como verdaderos, por ejemplo, que el problema de la inseguridad se resuelve con mano dura, ya que los países exitosos en contra de la criminalidad la han aplicado<sup>36</sup>.

Lo cierto es que las políticas de mano dura no han tenido éxito y lo que sucede es que la aprobación de dichas políticas es realizada por los políticos para tranquilizar a la comunidad y dar la sensación de que hacen algo en contra de la criminalidad. Los malos resultados de la política de mano dura llevan a afirmar que no se ha sido lo suficientemente fuerte, de modo que lo que se requiere es una política de súper mano dura, todo en una historia interminable de exigencias de mayor dureza ante la ineficiencia.

El ejemplo de El Salvador al respecto es digno de ser citado, puesto que la política de mano dura y de súper mano dura no produjo sino un aumento de las detenciones arbitrarias, pero no de la criminalidad; produciéndose más bien un aumento significativo de la cantidad de homicidios a partir del momento en que se aplicó dicha política<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Sobre el tema de la inseguridad ciudadana véase: PNUD (2006).

<sup>33</sup> Cf. Arzt (1976, p. 25).

<sup>34</sup> Sobre el sentimiento de inseguridad: Arzt (1976, p. 11).

<sup>35</sup> Sobre ello: Arzt (1976, p. 46); Rico/Salas/Gutiérrez/Cruz (1988, p. 77); Llobet Rodríguez (1998, pp. 10-11).

<sup>36</sup> Acerca de este mito: Kliksberg (2007, pp. 20-42).

<sup>37</sup> Indica Kliksberg (2007, pp. 23-24): "*De acuerdo al informe (de USAID), en El Salvador se trató de encarar el crecimiento de las maras sin duda un peligro público, con leyes Mano Dura en el 2003 y*

Los resultados obtenidos en Honduras y en Guatemala con las políticas de mano dura no han sido tampoco satisfactorios<sup>38</sup>. En todos esos países el aumento de las detenciones ha producido un mayor hacinamiento carcelario y con ello también mayor violencia en lo interno de las cárceles.

- 5) Otro mito es que debe procederse a aplicar una política de tolerancia cero, ligada a la llamada política de las ventanas rotas, que lleva a la necesidad de actuación policial y judicial aun frente a actos de poca monta, que corresponderían a contravenciones<sup>39</sup>.

Se trata de una política que ha sido promocionada política y mercantilmente, indicándose que fue exitosa bajo la gobernación de Giuliani en Nueva York, tratando de vendérsela a los países latinoamericanos<sup>40</sup>. Pero se discute que los efectos positivos que se le otorgan a esa política sean correctos, debido a que en general en la época en que se aplicó en Nueva York ya los índices de la delincuencia en los Estados Unidos de América habían empezado a descender, a lo que se agrega que otras ciudades como San Diego y Boston lograron tasas importantes de reducción de la criminalidad con políticas distantes a las de tolerancia cero<sup>41</sup>.

Debe tenerse en cuenta que las políticas de tolerancia cero en los Estados Unidos se han traducido en muchísimas detenciones arbitrarias y actos de brutalidad policial<sup>42</sup>. En efecto se llega a la detención arbitraria de muchísimas personas, debiéndose considerar que la libertad personal es también un bien de gran importancia para la seguridad de las personas.

Por otro lado, debe resaltarse que la política de mano dura se transformó en las ciudades en que se practicó en los Estados Unidos en *“una guerra contra los sin techo, la mendicidad, infracciones menores, la ebriedad, el ruido, y los desvíos de las buenas costumbres”*<sup>43</sup>, que llevaba a la detención con criterios discriminatorios de sectores excluidos socialmente, siendo una expresión de la discriminación en la actuación policial; estando dirigida principalmente en contra de las minorías étnicas. Ello como bien lo indica Fruhling puede tener consecuencias aun más graves si es aplicado en Latinoamérica. Dice:

A diferencia de los Estados Unidos, muchos de quienes se encuentran en la calle en las ciudades latinoamericanas no tienen adónde ir y el número de mendigos, vendedores informales y de personas que cometen

---

*Leyes Súper Mano Dura en agosto de 2004. La legislación daba amplias posibilidades de encarcelar incluso por la simple presencia de tatuajes. Las leyes fueron acompañadas por algunos programas preventivos, pero el 80% de los recursos se invirtieron en la represión. Con la Súper Mano dura se arrestó a 11,000 miembros de maras en un solo año. Sin embargo, el número de homicidios siguió creciendo todo el tiempo. Fueron 2,172 en el 2003, 2762 en el 2004 y 3825 en 2005. En los ocho primeros meses de 2006 la cifra seguía ascendiendo y sumaban ya 3032”.*

<sup>38</sup> Cf. Kliksberg (2007, pp. 26-28).

<sup>39</sup> Sobre dicha política y la crítica a esta: Wacquant (2000, pp. 24-32).

<sup>40</sup> Sobre ello: Wacquant (2000, pp. 32-40).

<sup>41</sup> Cf. Kliksberg (2007, pp. 39-40); Wacquant (2000, p. 31).

<sup>42</sup> Indica Kliksberg comparando San Diego (que obtuvo resultados favorables en contra de la criminalidad sin aplicar una política de tolerancia cero) y Nueva York (que aplicó la tolerancia cero): *“Entre 1993 y 1996 la cantidad de detenciones disminuyó en un 15% en San Diego, mientras que aumentaba en un 24% en Nueva York. En 1996 en el apogeo de la tolerancia cero se arrestaron en dicha ciudad 314,292 personas. Sólo el número de arresto por infracciones menores en materia de droga se duplicó, pasando los mil arrestos por semana. En tanto que las quejas contra la policía bajaron un 10% en San Diego, subieron en un 60% en Nueva York”.*

<sup>43</sup> Kliksberg (2007, p. 21).

contravenciones o faltas de un tipo u otro pueden sumar millares. Es así como una actividad policial más agresiva puede encontrar seria resistencia y producir además el colapso total del sistema de justicia penal<sup>44</sup>.

Agrega a ello Kliksberg:

Por otra parte en las realidades latinoamericanas, la institución policial tiene imperfecciones muy agudas. Su debilidad en términos de profesionalidad, carrera, sueldos adecuados, entrenamiento, la ha convertido con frecuencia en 'policías malditos' con serios problemas de corrupción, cooptación por los grupos de droga, y hasta en diversas dictaduras como las del Cono Sur en los setenta y ochenta se convirtió en apéndice más del sistema brutal de represión instituido<sup>45</sup>.

- 6) Las afirmaciones críticas a la falta de dictado de la prisión preventiva, no son nuevas. Ya en 1993 se afirmaba en la Prensa:

Ya es hora de que los defensores de los sonados derechos' humanos' se pregunten dónde están los derechos de los asaltados, apuñalados, violados y asesinados<sup>46</sup>.

Igualmente se decía en 1994:

[...] hoy detener a un delincuente no es difícil, lo que resulta casi imposible es dejarlo encarcelado por mucho tiempo<sup>47</sup>.

Se agregaba en 1993 que

[...] esa palabra 'justicia' poco a poco pierde significado. Lo cotidiano tiende a ser impunidad. Asaltantes, criminales y estafadores retornan a la calle pocas horas después de su detención y aparte de la queja popular no ocurre nada<sup>48</sup>.

Se criticaba en 1995 que cuando

[...] las autoridades han logrado atrapar a alguno de esos bandoleros, incluso con las manos en la masa... invariablemente, en seguida aparece un juez en un instante, interpretando con fanática pulcritud cualquier oscuro recoveco del procedimiento, lo pone en la calle, libre como el viento. Por ejemplo, la interpretación del sano precepto jurídico 'in dubio pro reo' ha llegado a tal paroxismo que la ley termina protegiendo a los delincuentes y dejando indefensos a los ciudadanos honrados<sup>49</sup>.

Expresiones similares se encuentran en la prensa costarricense hoy día.

- 7) A pesar de la existencia del miedo al crimen y de la inseguridad ciudadana, la respuesta estatal a ello debe ser acorde con los principios de un Estado Social de

---

<sup>44</sup> Citado por Kliksberg (2007, p. 22).

<sup>45</sup> Kliksberg (2007, pp. 22-23).

<sup>46</sup> Opinión de M. K. R. La Nación, 28 de setiembre de 1993, p. 18 A. Sobre esta opinión véase: Llobet Rodríguez (1998, p. 47).

<sup>47</sup> Opinión de R. G. E., La República, 24 de abril de 1994, p. 15 A.

<sup>48</sup> Opinión de A. M., La Nación, 11 de junio de 1993.

<sup>49</sup> Editorial de la Prensa Libre, 16 de enero de 1995. En sentido similar: La República, 22 de setiembre de 1993, p. 20 A: "*Es hora que no sólo se piense en los derechos de los delincuentes. La gente honrada tiene derechos y alguien debe defenderlos*".

Derecho. Debe tenerse en cuenta al respecto que la mejor manera de combatir la criminalidad no es a través de duras medidas represivas, tales como: el aumento draconiano de las penas, el aumento del dictado de la prisión preventiva y la restricción de los derechos del(a) imputado(a) en el proceso penal en contra de los principios constitucionales de presunción de inocencia y de proporcionalidad; sino por medio de una adecuada política social de carácter preventivo, que combata las causas de la delincuencia. Se ha afirmado con razón al respecto que la mejor política criminal es una buena política social<sup>50</sup>.

- 8) La presunción de inocencia es un principio básico de un Estado de Derecho, siendo reconocido que aunque no implica la derogatoria de la prisión preventiva, influye en su regulación; de modo que debe asignársele una función de carácter procesal, lo que excluya que sea utilizada como forma de sancionar y de carácter preventivo de la criminalidad para garantizar la seguridad ciudadana.

Es importante tener en cuenta que desgraciadamente en Latinoamérica la prisión preventiva ha tenido una gran extensión, lo que llevó en algún momento a que alguien criticara diciendo que en realidad la condena era el dictado de la prisión preventiva y la excarcelación era como un recurso de revisión en contra de dicha condena<sup>51</sup>.

Muchas veces la prensa se horroriza porque un(a) imputado(a) ha sido pasado decenas de veces por la Policía y sin embargo permanece en libertad. Lo que se debe preguntar no es propiamente por qué una persona con muchas detenciones no se encuentra en prisión preventiva, sino por qué en definitiva no se llega a una condena y eventualmente se le priva de libertad con esta. Debe reconocerse que ello se debe con frecuencia a problemas en la confección de los partes por la Policía y bien a la falta de interés de la víctima en ratificar judicialmente su denuncia.

Es inadmisibles que con la simple denuncia se pueda afirmar la necesidad automática de una condena, como en ocasiones se afirma, sino se requiere que se realice el proceso penal respectivo.

- 9) En general, sostiene la doctrina que la prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada<sup>52</sup>. A ello hizo mención la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Rosero, en sentencia del 12 de noviembre de 1997 (No. 77), en la que señaló que no es autorizado “*anticipar una pena a la sentencia*”. Igualmente en diversas sentencias ha enfatizado el carácter meramente cautelar y no punitivo de la prisión preventiva, por ejemplo en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 24 de junio de 2005<sup>53</sup>.

En ese sentido ha dicho el Tribunal Federal Constitucional alemán que la presunción de inocencia prohíbe que se dispongan medidas en anticipo de la pena, que en sus efectos igualen a la pena privativa de libertad<sup>54</sup>. Sin embargo, existen dificultades para precisar qué se quiso decir con ello.

---

<sup>50</sup> Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, 2007, pp. 193-217.

<sup>51</sup> Zaffaroni, 1984, p. 40.

<sup>52</sup> Cf. Maier, 1981, pp. 30-31; Maier, 2002, p. 522; Vélez Mariconde, 1969, T. I, p. 325; Eser, 1983, p. 160; Müller-Dietz, 1984, p. 83; Veit, 1971, p. 22; Zipf, 1977, p. 121; Joachimsky, 1991, p. 53; Kühne, 1993, Parr. 17, No. 136.2; Llobet Rodríguez, 1995, pp. 72-77.

<sup>53</sup> No. 74. Véase también el caso Tibi vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 7 de septiembre de 2004, n. 180.

<sup>54</sup> BVerfGE 19, 347.

Como lo afirma Müller-Dietz, lo indicado por el Tribunal Federal Constitucional alemán no puede significar que los efectos prácticos de la privación de libertad, que obligatoriamente la prisión preventiva comparte con la pena privativa de libertad, sean absolutamente inadmisibles, ya que esto significaría cuestionar el mismo instituto de la prisión preventiva. Más bien lo que quiere decir es que las medidas que limitan la libertad en el proceso en cuanto a su intención, tipo y medida no pueden orientarse hacia las tareas que corresponden a la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>55</sup>.

En ese sentido, lo afirmado por Müller-Dietz es correcto. La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación con la pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen por una y por otra. Lo anterior conduce a la conclusión de que la prisión preventiva no puede perseguir los fines que se le asignan a la pena (retribución, prevención general y especial), puesto que en caso contrario se convertiría en una pena anticipada.

Es así como la justificación de la prisión preventiva solamente puede encontrarse en un fundamento de carácter procesal. Se llega a señalar en forma expresa que la prisión preventiva, como consecuencia de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general ni especial.

A esta conclusión tiende un sector de la doctrina alemana<sup>56</sup> y latinoamericana<sup>57</sup>. El fin de la prisión preventiva puede ser encontrado solamente en el aseguramiento del proceso, a través de garantizar la realización del juicio y la ejecución de la eventual condena, evitando que el/la imputado(a) se fugue (en caso de peligro de fuga). Igualmente se trata de garantizar la averiguación de la verdad material, evitando que el/la imputado(a) falsee la prueba.

---

<sup>55</sup> Müller-Dietz, 1984, p. 83.

<sup>56</sup> Cf. Arbeitskreis Strafprozeßreform, 1983, pp. 31-32; Fachausschuß I "Strafrecht und Strafvollzug" des Bundeszusammenschlusses für Straffälligenhilfe, 1983, p. 11; Hassemer, 1984, pp. 40-41; Hassemer, 1998, pp. 105-127; Heinz, 1987, pp. 7-8; Jung, 1985, p. 33; Krauß, 1971, p. 161; Linß, 1991, p. 43; Müller-Dietz, 1981, pp. 1268-1269; Wolter, 1981, p. 454 ss. La prohibición de que la prisión preventiva cumpla funciones de prevención general y especial es una conclusión a la que tiende la doctrina latinoamericana. Véase al respecto la bibliografía que se cita en: Llobet Rodríguez, 1995, p. 99, nota al pie 15.

<sup>57</sup> Cf. Abal Oliú, 1986, p. 172; Cafferata Nores, 1983, p. 32; Cafferata Nores, 1986, pp. 1-13; Clariá Olmedo, 1975, p. 39; Cruz Castro, 1989, pp. 113-120; De la Rúa/Maier, 1982, p. 90; Guariglia, 1993, p. 84; Llobet Rodríguez, 1991, pp. 306-307; Maier, 1978, p. 199; Maier, T. Ib, 1989, pp. 252-289; Minvielle, 1988, p. 92; Torres Gudiño, 1973, p. 125; Vélez Mariconde, 1962, pp. 12-13; Vélez Mariconde, T. I, 1969, pp. 325, 331-332; Vitele, 1990, pp. 170-171; propuesta No. 9 del III Encuentro de Profesores Argentinos de Derecho Procesal Penal de 1987. En: Cafferata Nores, 1991, pp. 68-69. En general la doctrina latinoamericana admite solamente la prevención de la fuga y de la obstaculización, como fines de la prisión preventiva. Se tiende actualmente a exigir que debe darse en concreto el peligro de fuga o de obstaculización, por ejemplo por Julio Maier, aunque algunos autores, como por ejemplo Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo, admiten como legítimas la llamada "presunción de fuga", con base en el monto de la pena prevista para el delito atribuido, no exigiendo con ello el peligro concreto de fuga o de obstaculización. Sin embargo, es discutible que esa presunción de fuga no contenga realmente una consideración de prevención general tras de sí. En este sentido: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 112-119. Por otro lado, Alberto Bovino, gran crítico de la prisión preventiva, considera que de acuerdo con el artículo 7, No. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos solamente es admisible la causal de peligro de fuga. Cf. Bovino, 2005, pp. 40-41.

Acerca de la función procesal de la prisión preventiva, se pronunció la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero, resuelto por sentencia del 12 de noviembre de 1997:

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]

También de gran importancia es la sentencia del 7 de septiembre de 2004 (caso Tibi vs. Ecuador), en la que se reiteraron la finalidad de prevenir la fuga o la obstaculización de parte de la prisión preventiva; lo mismo que la influencia de la presunción de inocencia al respecto, haciéndose mención también al carácter excepcional que debe tener. Se dijo:

180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Si uno se atiene a lo indicado por dichas resoluciones, solamente se encontrarían autorizadas las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización, no así la de peligro de reiteración delictiva<sup>58</sup>, contemplado generalmente en las legislaciones latinoamericanas. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones se ha ocupado del peligro de reiteración delictiva, donde su último pronunciamiento va en contra de esta.

Así en el informe 77/02 del 27 de diciembre de 2002 (Caso 11.506), basándose en lo dicho por la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero, la Comisión Interamericana en forma expresa hizo referencia a las causales de peligro de fuga y de obstaculización como supuestos que autorizan el dictado de la prisión preventiva, pronunciándose en contra de la causal de peligro de reiteración delictiva (No. 66).

Este pronunciamiento de la Comisión Interamericana tiene como antecedente lo indicado por dicha comisión en el informe 2/96 del 1 de marzo de 1996, en el que rechazó el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva (No. 90-94). Sin

---

<sup>58</sup> Cf. Llobet Rodríguez, 1992, pp. 517-527.

embargo, debe reconocerse que en otro informe, el No. 2/97, vertido el 11 de marzo de 1997, la Comisión admitió la causal de peligro de reiteración (No. 32).

Las ideas de que la presunción de inocencia solamente permite las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización coinciden con lo establecido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que previó solamente como causales de prisión preventiva el peligro de fuga y el peligro de obstaculización delictiva (en el artículo 202 inciso 2).

Sin embargo en la exposición de motivos del Código Modelo no se encuentra mayor explicación de la regulación de las causales de la prisión preventiva, siendo por ello importante señalar la fundamentación que expresaron Fernando de la Rúa y Julio Maier, dos de los autores del Código Modelo de 1988, en las Jornadas del Instituto Iberoamericano, realizadas en la ciudad de Guatemala en 1981. Señalaron:

De la afirmación, que 'el imputado se reputa inocente hasta que una sentencia de condena lo declare culpable y lo someta a una pena', surgen efectivas limitaciones a la posibilidad de encarcelarlo preventivamente. En primer lugar, el principio fija los fines del encarcelamiento preventivo, de modo que no se confunda con la pena porque 'nadie puede ser penado sin juicio previo (sentencia) que lo declare culpable'. De ahí se deriva que los fines del encarcelamiento preventivo no son aquellos que se atribuyen a la pena (sintéticamente: la retribución, la prevención general, como amenaza para establecer un contramotivo psicológico para todos los capaces de perpetrar un hecho punible, y la prevención especial, como forma de auxiliar a quien ha delinquido a fin de que en el futuro observe los deberes fundamentales que le impone el orden jurídico) sino otros específicos: evitar que el imputado se fugue, imposibilitando la administración de justicia o el cumplimiento de la decisión final (rebeldía), o que entorpezca la averiguación de la verdad mediante acuerdos con cómplices, destrucción de rasgos del delito, etc. De ahí el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional y sólo autorizarse para los casos en que pueda fundarse la puesta en peligro de los fines anticipados y los modos examinados de poner en riesgo esos fines<sup>59</sup>.

Debe resaltarse que los fines permitidos de la prisión preventiva tienen una influencia fundamental en la determinación de sus causales, pero no en otros requisitos materiales de esta (sospecha suficiente de culpabilidad y respeto al principio de proporcionalidad). Por ejemplo, el dictado de la prisión preventiva en contra de un tercero con respecto al cual exista peligro de que oscurezca la prueba, tendría una función de aseguramiento del proceso; o en caso de que exista este peligro o uno de fuga, la orden de prisión preventiva en delitos de bagatela o irrespetando el criterio de que esta sea la ultima ratio; o la duración excesiva de una prisión preventiva ordenada con fines de aseguramiento procesal.

En todos esos supuestos la finalidad que se perseguiría por la prisión preventiva sería compatible con la presunción de inocencia, lo que no quiere decir que sería admisible dictar o mantener la prisión preventiva. Pero lo anterior no como consecuencia de la presunción de inocencia, sino del principio de proporcionalidad, que indica cuándo una prisión preventiva, que ha superado los controles de la presunción de inocencia, no puede ser ordenada, ya que no podría exigirse que el sujeto que podría ser objeto de esta, la soporte.

---

<sup>59</sup> De la Rúa/Maier, 1982, p. 90.

## **Bibliografía**

Abal Oliú, A. ¿Cuándo disponer la prisión preventiva? En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 2, 1986, pp. 170-172.

Arbeitskreis Strafprozeßreform. Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung. Heidelberg, 1983.

Arzt. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Tubinga, 1976.

Bovino, A. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Cafferata Nores, J.: Medidas de coerción en el proceso penal. Córdoba, 1983.

Cafferata Nores, J.: Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación. En: Excarcelación y eximición de prisión (Editor: R. Levene (hijo)). Buenos Aires, 1986, pp. 1-13.

Cafferata Nores, J.: La seguridad ciudadana frente al delito y otros trabajos. Buenos Aires 1991.

Clariá Olmedo, J.: Juicio oral en el proceso moderno. Río Negro (Argentina), 1975.

Cruz Castro, F.: La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José, 1989.

Chinchilla, Laura (Editora). Seguridad ciudadana y justicia penal. Perspectiva de la sociedad civil. Memora del Foro. San José, PNUD, 1999.

De la Rúa/Maier. Informe sobre las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la Unificación en materia Procesal Penal". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982.

Eser. Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983.

Fachausschuß I "Strafrecht und Strafvollzug" des Bundeszusammenschlusses für Straffällingenhilfe, 1983.

Guariglia, F. Coerción procesal y principio de excepcionalidad. En: Justicia Penal y Sociedad (Guatemala), No. 3-4, 1993, pp. 83-88.

Hassemer. Voraussetzungen der Untersuchungshaft. En: StV (Alemania), 1984, pp. 38-42.

Hassemer. Crítica al Derecho Penal de hoy (Traducción: Patricia Ziffer). Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.

Heinz. Recht und Praxis der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland. En: Bewährungshilfe (Alemania), 1987, pp. 5-31.

Joachimsky. Strafverfahrensrecht, Múnich, 1991.

Kessler, Alejandro. Miedo al crimen. En: Isla, Alejandro (Compilador). En los márgenes de la ley. Inseguridad y violencia en el Cono Rur. Buenos Aires, Paidós, 2007, pp. 69-99.

Klinksberg, Bernardo. Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina. Guatemala, F&G Editores, 2007.

Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, pp. 139-178.

Kühne, H. H.: Strafprozeßlehre. Heidelberg, 1993.

Linß. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis. Gotinga, Tesis doctoral, 1991.

Llobet Rodríguez. Código de Procedimientos Penales. San José, Editorial Juricentro, 1991.

Llobet Rodríguez, J. El art. 471 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana). En Revista Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992, pp. 517-527.

Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo de Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995a.

Llobet Rodríguez, J.: Seguridad ciudadana y prevención del delito. En: Rotman, Edgardo. La prevención del delito. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 7-66.

Llobet Rodríguez, J. Las maras y pandillas en Centroamérica. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, ILANUD/Editorial Jurídica Continental, 2007b, pp. 193-217.

Maier, J.: Política criminal y Derecho Procesal Penal. En: RIDP (Francia), No. 1, 1978, pp. 181-200.

Maier. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981.

Maier, J.: Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981.

Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires, Hammurabi, 1989, Vol. Ia.

Maier. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002.

Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 41, 1988, pp. 66-116.

Müller-Dietz, H.: Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß. En: ZStW (Alemania), 1981, pp. 1177-1270.

Müller-Dietz. Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft. En: StV (Alemania), 1984, pp. 79-87.

Rico/Salas: Inseguridad ciudadana y policía. Madrid, 1988.

Schneider. Einführung in die Kriminologie. Berlín/Nueva York, 1993.

Torres Gudiño, S.: Derecho Procesal Penal. Panamá, 1973.

Veit. Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen, dargestellt am Modell des Briefverkehrsrechts. Francfort del Meno, 1971.

Vélez Mariconde. A.: Exposición de motivos al Proyecto de Código Procesal Penal de San Juan. En: Provincia de San Juan. Código Procesal Penal. San Juan (Argentina) 1962, pp. 3-117.

Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Córdoba, 1969, T. I.

Vitele, G. Reforma Neuquina en materia de "excarcelación". Ley 1821. Su inconstitucionalidad. En: Doctrina Penal (Argentina), 1990, pp. 469-477.

Wacquant. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires, 2000.

Wolter. Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen. En: ZStW (Alemania), 1981, pp. 452-506.

Zaffaroni. Problemas de política criminal latinoamericana. En: Revista de Derecho Penal (Uruguay), No. 6, 1984, pp. 23-44.

Zipf. Strafprozeßrecht. Berlín y otro, 1977.

## ***Anticipos jurisdiccionales de prueba: declaraciones recibidas como prueba anticipada***

***Por Sandra Eugenia Zúñiga Morales\****

**Sumario.-** 1. La prueba anticipada: concepto. 2. De las declaraciones recibidas como prueba anticipada. 2.1. Al ordenarse el anticipo de prueba. 2.2. Al realizarse el anticipo de prueba. 2.3. Al utilizarse como prueba incorporada al debate. 3. Valor probatorio.

El tema de los actos definitivos e irreproducible y los anticipos jurisdiccionales de prueba se une a otros que pretenden armonizar las exigencias de una justicia penal eficaz, con el efectivo respeto de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por un proceso penal, por ello me pareció acertada la iniciativa de la Escuela Judicial al plantear estos tópicos dentro de los conversatorios. Su discusión no solo abarcó temas puramente procesales, fue más allá y abordó aspectos prácticos, siempre vitales pues finalmente repercuten en los derechos y las garantías de los(as) ciudadanos(as) involucrados(as) en el proceso, o en otras circunstancias esenciales, como las funciones o atribuciones de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, esta ponencia se focaliza en las declaraciones recibidas como prueba anticipada: en primer lugar, pues lo relativo a los actos definitivos e irreproducible fue tratado con mayor detalle en la ponencia del Lic. Francisco Sánchez; en segundo término, porque ese tópico despertó una importante cantidad de observaciones y comentarios entre quienes participaron en el conversatorio.

Al respecto, resulta curioso que aun cuando los anticipos aluden tanto a declaraciones recibidas de previo al debate como a actos definitivos e irreproducible que afectan derechos fundamentales, la práctica judicial ha encausado esta denominación hacia la prueba testimonial; por cierto, este aspecto es el que ha merecido mayor atención dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde sí existe una expresa referencia a la evacuación de los testimonios, no así a los denominados actos definitivos e irreproducible. Así por ejemplo:

---

\* Jueza de casación.

**1. Art. 8.2.f) CADH:** 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

**2. Art. 14.3.e) del PIDCP:** [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] 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.

**3. Regla 29.- Reglas de Mallorca (Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal de 1992):** Vigésimo noveno: 1) Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el Tribunal juzgador. 2). Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, ésta tiene que ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración escrita anterior. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de su reproducción. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubieran tenido lugar con intervención del defensor y se garantice la oportunidad de oponerse a la prueba aportada por las otras partes (principio de contradicción). 3) El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos.

## 1. La prueba anticipada: concepto

La prueba anticipada es aquella que, una vez **solicitada expresamente por una parte** (Ministerio Público, defensa, etc.), es **analizada en su procedencia por un(a) juez(a)**, quien si la encuentra viable (**por estar dentro de los supuestos previstos por ley**) la **ordena mediante una resolución debidamente fundamentada**, luego **cita a todas las partes** para su evacuación (salvo caso de urgencia). En esta oportunidad, las partes **tendrán el derecho de asistir con todas la facultades y obligaciones** previstas en la ley, **levantando un acta** donde se hace constar **el contenido** de la diligencia; posteriormente, este documento es **incorporado como prueba mediante lectura al debate**, lo que constituye una excepción al principio de inmediatez.

Por esa razón, aunque el art. 276 CPP establece que no tendrán valor probatorio para fundar la condena las actuaciones de investigación preparatoria, se exceptúan de dicha regla los actos definitivos e irreproducibles así como las pruebas que el Código autoriza introducir en el debate mediante lectura, es decir, las indicadas en el art. 334 CPP, cuyo inciso a incluye la prueba recibida conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba.

Por esto, las siguientes líneas tienen por objetivo retomar el contenido del art. 293 CPP que regula el anticipo jurisdiccional cuando se trate de declaraciones previas al debate, reflexionar sobre la actuación esperable de quienes participan en este tipo de diligencias y de cómo pueden enfrentar algunas de las limitaciones que esta excepción a la inmediatez plantea en la práctica forense, en procura siempre de cumplir con el debido proceso y afianzar el derecho de defensa de las partes involucradas.

## 2. De las declaraciones recibidas por prueba anticipada

## 2.1. Al ordenarse el anticipo de prueba

La regulación de la prueba anticipada es diversa en cada ordenamiento, así por ejemplo en Honduras, el artículo 277 CPP la admite para supuestos de peligro de pérdida o inutilización de cualquier medio de prueba, cuando exista peligro grave de que resulte imposible o muy difícil su práctica en el debate, además del riesgo de fallecimiento de un(a) testigo o perito(a), la ausencia o que sea muy difícil su comparencia a juicio, el peligro de ser expuesto(a) a presiones, por violencia, amenazas, ofertas, o promesas de dinero u otros beneficios. En cambio, el 202 CPP de Nicaragua solo la admite para casos de peligro de muerte del(a) testigo, o cuando tiene la condición de no residente en el país y se encuentra imposibilitado(a) de permanecer hasta el juicio.

En el caso costarricense, el anticipo de prueba está previsto en el art. 293 CPP, su procedencia debe sujetarse al debido proceso y en garantía al derecho de defensa técnica y material. En ese sentido, su presupuesto esencial es que el anticipo de prueba surge a requerimiento de una de las partes involucradas en el proceso, es decir, nunca se da por iniciativa del(a) juez(a). La resolución debe emanar de autoridad competente, con una fundamentación adecuada que incluya la mención del supuesto que la motiva, la necesidad, pertinencia y legalidad de la medida, sin olvidar el carácter excepcional de este recurso, con la citación de los interesados —en especial de la defensa— o con una justificación de la situación de urgencia que impide dicha convocatoria.

Asimismo, la norma dicha establece dos hipótesis para recibir declaraciones previas al debate mediante el anticipo jurisdiccional de prueba: (a) cuando por obstáculo difícil de superar se presume que no podrá recibírsele durante el juicio, o (b) cuando exista posibilidad de olvidar circunstancias esenciales sobre lo que se conoce, por la complejidad del asunto.

En cuanto a los supuestos de procedencia, la jurisprudencia patria ha aceptado como obstáculo difícil de superar, por ejemplo: el/la indigente que carece de domicilio donde pueda ser localizado(a) (Sala Tercera, voto n.º 221-2004 y voto n.º 1462-2005); la persona sometida a coacción, amenaza, ofertas de dinero u otros valores, con el propósito de que se abstenga de rendir declaración (Sala Tercera, voto n.º 483-2001); el sujeto con miedo insuperable y fundado (Sala Tercera, voto n.º 472-2003); el/la individuo(a) bajo amenaza fundada de muerte (Sala Tercera, voto n.º 671-2001). Un ejemplo de ello se dio en una ocasión, en la cual para prevenir traumas psicológicos a la persona menor de edad ofendida, se afirmó que el "obstáculo difícil de superar" debe ser valorado por el tribunal competente, utilizando no solo criterios de experiencia común, sino también —si fuera necesario— el auxilio de peritos(as): en este caso a la menor ya se le había exhibido un arma de fuego como amenaza (Sala Tercera, voto n.º 483-2001). En cuanto a la complejidad, el voto n.º 483-2001 de la Sala Tercera aclaró que este supuesto no se identifica solo con asuntos de tramitación compleja; no se refiere a ningún tipo de complejidad en especial, alude a nociones de dificultad o complicación, que solo casuísticamente se pueden determinar.

Sobre la exigencia de fundamentación, ya se han dado diversos pronunciamientos, uno de los más conocidos, el voto n.º 267-2002 de la Sala Tercera que declaró ineficaz un anticipo de prueba en el cual se detectaron diversos errores: no se fundamentó la resolución, no se juramentó al testigo mayor de edad, aunado a ello, se determinó que durante la evacuación del testimonio, la defensa técnica logró acreditar la inexistencia de los supuestos invocados por el juez para la procedencia del anticipo, pues aunque el testigo era nicaragüense, vivía hacía varios años en el país, tramitaba un préstamo para la compra de un terreno y aunque

tenía pensado visitar su país natal, iba a regresar a territorio nacional. Este caso particular es un ejemplo de la importancia de una idónea actitud vigilante de las partes, quienes deben estar atentas no solo al ordenarse la diligencia (con el deber de estudiar la resolución analizando su legalidad y procedencia a fin de solicitar adiciones o aclaraciones, o bien plantear una actividad procesal defectuosa —según su conveniencia—), sino también en la evacuación de la prueba, de acuerdo con los intereses o estrategia del caso.

## **2.2. Al realizarse el anticipo jurisdiccional de prueba**

Al realizarse el anticipo de prueba, reunidas las partes (el/la juez(a) y el/la testigo objeto del acto), se debe garantizar el derecho de intervención informado de las partes, quienes deberán mantener una actitud de permanente verificación sobre la pertinencia de la diligencia, dejando constancia fundada de cualquier oposición.

El derecho de intervención informado de las partes quiere decir que quienes participan en la diligencia deberán tener un mínimo de tiempo para conocer del proceso, y establecer así su estrategia del caso. No se trata tan solo de cumplir con un ritual o un puro formalismo, si por ejemplo, el anticipo surge a petición del Ministerio Público y la defensa pública es convocada para la diligencia, el derecho al debido proceso material implica dar oportunidad de que aquel/aquella defensor(a) tenga la posibilidad de conocer el expediente, si fuera posible dialogar con su patrocinado(a) y, con ese conocimiento, establecer cuál será su actuación durante el anticipo (permanecer en silencio escuchando lo que tenga que decir el/la testigo, interrogando sobre aspectos de forma o de fondo de interés para determinar la viabilidad del anticipo u otras circunstancias, verbigracia, otra versión de los hechos en la que ese(a) testigo también puede aportar datos esenciales).

Por supuesto, esa opción de conocimiento del expediente, de diálogo con el/la imputado(a) u otros extremos, si bien es la ideal, siempre será resuelta de forma casuística, pues dependerá de las circunstancias. De manera que, si fue convocado un(a) defensor(a) público(a) para un anticipo solicitado por el Ministerio Público donde no existió oportunidad de localizar al(a) imputado(a), o de conocer con detalle el expediente por ser muy voluminoso, si se da una urgencia para recibir la declaración del(a) testigo (por ejemplo, por estar muy grave y en peligro de muerte), siempre existirán otros recursos que en ese caso, la defensa deberá saber explotar. En ese sentido, siguiendo con el supuesto mencionado, se deja constancia — durante el anticipo de esas limitaciones de la defensa técnica— de manifestaciones que sin duda serán de importancia en etapas posteriores, especialmente, durante la etapa conclusiva del debate donde se podrán exponer esos datos como circunstancias en detrimento de la credibilidad o suficiencia de esa prueba anticipada.

Ahora bien, si una vez citadas las partes, alguna decide no comparecer al anticipo, este se desarrolla con los presentes. En consecuencia, es importante puntualizar que el artículo 294 CPP también establece que si se ignora quién es el/la imputado(a) o, si el caso es de extrema urgencia, se podrá practicar el acto prescindiendo de las citaciones. Sin embargo, estimo que aunque no se conozca la identidad del(a) imputado(a) o se esté en casos de urgencia, siempre debe procurarse la presencia de la defensa, en este caso la pública, existente en todo el país y en la actualidad con horarios de disponibilidad que le permiten participar del acto las veinticuatro horas del día. Lo anterior por la naturaleza del acto, el cual al constituir una excepción a la inmediatez, será incorporado al contradictorio como cualquier otra prueba ahí evacuada y, por ende, parece que sería lo mínimo esperable. Todo ello, no porque el/la defensor(a) se constituya en un garante del proceso, pues el acto es dirigido por

un(a) juez(a) de garantías, sino que se trata del necesario equilibrio procesal, del principio de igualdad, de que exista una persona que desde la perspectiva de la defensa también tenga la opción de interrogar y apreciar la declaración de quien brinda el relato, de oponerse a las preguntas del ente fiscal, de pedir que se consigne en el acta detalles importantes en la evacuación de esa prueba y que puedan resultar de utilidad más tarde (la apariencia del(a) testigo, su estado emocional o de salud, una peculiar forma de declarar, o cualquier otra circunstancia), que a lo mejor pasa desapercibido para el/la juez(a) y el/la fiscal no estima de importancia; pues como lo enseña el diario quehacer, cada parte del proceso penal asume un específico rol y de acuerdo con ese perfil o postura se dan sus actuaciones.

En relación con esto, durante el conversatorio se expuso la idea de utilizar medios de grabación en la prueba anticipada. No parece existir ningún impedimento para solicitar el uso de ese recurso, todo lo contrario, parece una excelente herramienta que aportaría a la inmediatez y al análisis de esa prueba en etapas posteriores, en especial, en el debate. Sin duda, esto sería de suma utilidad en las argumentaciones de los alegatos conclusivos de las partes y, por supuesto, al darse la deliberación a cargo de los(as) jueces(zas). Pese a que una reproducción en video no logra captar la totalidad de elementos surgidos de la intermediación, debe reconocerse que aporta mucho más una buena producción en video que la sola lectura de un documento, que no nos dice nada del físico de los intervinientes, de sus gestos, de sus dificultades o facilidades de expresión, del interrogatorio realizado por las partes, entre otros muchos aspectos, de importancia y además surgidos en una etapa temprana del proceso, por lo general, cercanos al acontecimiento objeto de litis, cuando usualmente tiene lugar este tipo de prueba.

Finalmente, cuando las partes intervengan en el anticipo no deberán perder de vista un aspecto medular: su **estrategia**. Si el anticipo es instado por el Ministerio Público, es el ente persecutor el encargado de acreditar o fortalecer mediante el interrogatorio los hechos concretos que permitirán realizar la imputación criminal; pero además deberá atender cualquier otro extremo importante y de su competencia. La defensa por su parte nunca debe caer en una colaboración innecesaria o imprudente a los intereses del(a) acusador(a), en ocasiones su mejor desempeño consiste en contemplar con sentido crítico la diligencia. Veamos los siguientes ejemplos: (a) El Ministerio Público imputa varios delitos, pero en el anticipo el fiscal solo interroga sobre uno o interroga con detalle sobre la conducta ejecutada, pero se olvida de cuestionar sobre sus resultados (fundamental en algunos casos, verbigracia en lesiones, o para la determinación de la pena). (b) Se ha delegado en el ente fiscal la acción civil, pero no existe una sola pregunta sobre ese particular, porque el/la fiscal se limitó a preguntar sobre los datos importantes en la configuración del tipo acusado. Por su parte la defensa debe: (a) Cuidar de no aportar en la labor de rescate de detalles útiles para la teoría del caso del Ministerio Público, a saber, no interrogando sobre los otros hechos que olvidó preguntar el fiscal. (b) Vigilar por el respeto al derecho de intervención tanto de la defensa técnica como material; en ese sentido, si el/la imputado(a) está detenido(a), instando la necesidad de su presencia no solo para asistir a la diligencia, sino también para aclarar la estrategia que puede indicar la conveniencia de permanecer con un perfil bajo (omitiendo interrogar o preguntar datos muy concretos), o por el contrario, confrontativo y con un contrainterrogatorio fuerte.

### **2.3. Al utilizarse como prueba incorporada al debate**

Si existe un vicio absoluto al ordenarse o evacuarse la prueba mediante anticipo jurisdiccional, las partes siempre tendrán la opción de plantear una actividad procesal defectuosa en cualquier etapa procesal, o bien oponerse a su admisibilidad como prueba en la audiencia preliminar. Pero si llegados al debate con ese anticipo de prueba como un medio

probatorio más por incorporar y analizar, será en los alegatos conclusivos cuando la parte destaque todas las circunstancias que, de acuerdo con su estrategia, resulten convenientes. Es ahí donde podrán hacer ver, por ejemplo:

- i. Las limitaciones de la parte al interrogar al(a) testigo, por el desconocimiento de determinadas pruebas surgidas con posterioridad, por no tener acceso previo al expediente o comunicación con el/la imputado(a) o la víctima.
- ii. La insuficiencia, poca credibilidad o los vicios de dicha prueba, al confrontarla con otros medios probatorios incorporados al debate.

Otros aspectos de interés sobre las declaraciones recibidas mediante anticipo jurisdiccional tratadas por nuestra jurisprudencia son los siguientes:

(a) Si el anticipo se ordena por la complejidad y al momento de debate sobreviene otra circunstancia, como el fallecimiento del(a) testigo, no existe ningún impedimento para incorporarlo al debate, lo importante es destacar que en ambos momentos las circunstancias eran válidas. (Sala Tercera, voto n.º 483-2001).

(b) Existe obligación de reproducir en juicio la prueba recabada por anticipo, cuando sea posible (art. 334 CPP); en ese sentido es importante señalar que los(as) jueces(zas) no pueden renunciar a la inmediación, por ser uno de los principios fundamentales del juicio oral (Sala Tercera, voto n.º 483-2001 y voto n.º 171-2006).

(c) Aunque el/la testigo comparezca a debate y declare, es posible incorporar su declaración anticipada, y a pesar de que el art. 343 CPP establece que prevalece la declaración dada en juicio, también aclara la necesidad de valorar las contradicciones existentes entre una y otra, con el posible resultado de que prevalezca la que dio en primer instancia. (cfr. Sala Tercera, voto n.º 472-2003).

(d) Si la defensa no solicitó la declaración del(a) testigo recibido en anticipo durante la audiencia preliminar ni durante el debate (cuando incluso se incorporó sin su protesta), pese a su insistencia para que se suministrara su identificación, resulta inaceptable que sea en casación cuando realiza el reclamo sobre su incomparecencia al juicio, cuando ni siquiera consta si el testigo era localizable o estaba en el país. (Sala Tercera, voto n.º 1145-2003).

(e) Al admitir un anticipo jurisdiccional de prueba antes del debate, estando el expediente ya en el tribunal de juicio, se acepta que dicha diligencia sea realizada por uno(a) solo(a) de los(as) jueces(zas), incluso, por un(a) juez(a) distinto(a) del(a) que integrará en el debate. Lo anterior porque se siguen las mismas reglas del anticipo de las etapas anteriores, sin olvidar que gracias al anticipo, luego en debate lo que se da es la incorporación mediante lectura de la prueba. Así se dispone en el art. 338 CPP. (Sala Tercera, voto n.º 410-2001).

(f) Si la defensa técnica fue citada para el anticipo pero manifestó que tanto él/ella como su cliente no se iban a presentar y que tampoco querían el nombramiento de un(a) defensor(a) público(a), dicha decisión libre y voluntaria no puede invocarse luego como violación al debido proceso o derecho de defensa. Menos aún cuando el resultado del anticipo les fue comunicado y no hicieron manifestación sobre la necesidad de ampliar o aclarar algún extremo, pudiendo hacerlo. (Sala Tercera, voto n.º 260-06).

A continuación, una breve reseña sobre el tema que originó la discusión en el conversatorio, relativo al valor probatorio de la prueba anticipada.

### 3. Valor probatorio

Al respecto, comparto con varios de los(as) compañeros(as) que participaron en el conversatorio la idea de que el anticipo se encuentra en igualdad de condiciones respecto de la declaración recibida en debate, lo que es lógico pues no estamos bajo un sistema de prueba tasada, sino sobre un sistema de sana crítica racional; de manera que será finalmente su valoración con el resto de la prueba incorporada en el contradictorio lo que, en definitiva, concretará el valor de un anticipo jurisdiccional de prueba. Por ende, sería imposible asignarle a priori un valor por encima, igual o por debajo de otra prueba; más bien, si dicha prueba fue ordenada y evacuada conforme al debido proceso, esta se incorpora al debate con las demás probanzas y más tarde —con esas otras pruebas admitidas— se analiza su concreto valor y utilidad en el proceso.

Después de estas líneas, podemos concluir que no es la existencia o ausencia del anticipo jurisdiccional de prueba lo que *per se* podría afectar a alguna de las partes, especialmente al(a) imputado(a), por constituir una excepción a la inmediatez en el debate cuando es una garantía de reconocimiento pleno, no solo en el nivel de nuestra normativa procesal penal, sino como se advirtió en varios instrumentos internacionales.

Así, parece que se debería tomar conciencia de que el idóneo desempeño de cada parte procesal —al solicitar y al analizar la procedencia de una prueba anticipada, al participar en el desarrollo del anticipo, o bien, al utilizar en debate su contenido o explorar las posibilidades que otorga el ordenamiento en esta materia— es decisivo para alcanzar un uso racional, legal y justo de este recurso.

## **Algunas reflexiones acerca de los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal**

**Por Francisco Sánchez Fallas\***

**Sumario.** La investigación preparatoria en un sistema acusatorio: I.1. El sistema acusatorio. I. 2. El sistema acusatorio y la Constitución. I.3.. La investigación en el sistema acusatorio. I.4. La investigación preparatoria en el Código Procesal Penal costarricense. II. Los actos definitivos e irreproducibles: II.1. Concepto. II.2. Régimen de los actos definitivos e irreproducibles en el Código Procesal Penal. II.3. ¿Es el acto definitivo e irreproducible un acto que, por su naturaleza, debe ser realizado por el órgano jurisdiccional? II.4. Intervención de la defensa en los actos definitivos e irreproducibles. II.5. Conclusión.

### **I. La investigación preparatoria en un sistema con características acusatorias**

**I.1. El sistema acusatorio.** Debo reconocer la dificultad de definir el concepto de "sistema acusatorio", en especial cuando se hace alusión a sus características y luego se contraponen a las de otros sistemas procesales de investigar y juzgar delitos; y al hacer alusión a esas características debo concluir que tampoco existe algo que pueda llamarse, por excelencia, "sistema acusatorio"; dado que esas características vienen definidas por variables de distinta naturaleza<sup>1</sup>.

De esta forma, si bien debo reconocer la coexistencia de *sistemas acusatorios* con características distintas, la doctrina ha señalado algunas de las más representativas. En este sentido, Armenta Deu<sup>2</sup> indica que las notas esenciales del sistema acusatorio son la necesidad de acción previa para iniciar el proceso y la separación estricta entre la función acusadora y la enjuiciadora. Llobet señala que, en sus orígenes históricos, el procedimiento acusatorio se caracterizaba por que "[...] la acusación le correspondía a una persona distinta del juez [...]"<sup>3</sup>. Asimismo, Levene construye el concepto esencial del sistema acusatorio a partir de tres funciones distintas: la de acusar, la de defensa y la de decisión, indicando que cuando estas son encomendadas a tres órganos independientes, el proceso será acusatorio<sup>4</sup>.

---

\* Juez de juicio.

<sup>1</sup> Algunas variables que se han mencionado en vista de que contribuyen a caracterizar de distinta manera sistemas que, con todo, son de corte acusatorio, son las siguientes: la tradición popular, los mecanismos particulares de ejercicio del poder, el poder real de las fuerzas sociales. (Cfr. Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2005, pág.10).

<sup>2</sup> Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Citada en: Guerrero Palomares, Salvador. *El Principio Acusatorio*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 53.

<sup>3</sup> Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005, tomo I, pág.69.

<sup>4</sup> Levene, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, segunda edición, 1993, tomo I, pág.105.

**I.2. El sistema acusatorio y la Constitución.** Puedo señalar, sin temor a equivocarme, que un sistema procesal de corte acusatorio sirve de mejor manera que uno inquisitivo para asegurar características que, según nuestra Constitución Política, corresponden al proceso judicial que debe seguirse para investigar y juzgar delitos.

Por ende, la posición del(a) juez(a) en un sistema de características acusatorias, es decir un(a) juez(a) que no se inmiscuye ni se interesa de oficio, sino excepcionalmente, en las investigaciones, contribuye de mejor manera a hacer efectiva una situación de **igualdad** procesal entre las demás partes, ya que no está comprometido(a) con ninguna. Por esto, el artículo 6 párrafo tercero del Código Procesal Penal señala expresamente el deber del(a) juez(a) de preservar la igualdad procesal, y allanar los obstáculos que la impidan o debiliten.

También, el sistema acusatorio, merced a la oralidad que lo caracteriza, hace más real el **acceso directo del(a) ciudadano(a) a la justicia**, pues esta forma de comunicación coloca al(a) juez(a) frente a la persona involucrada, sea acusado(a) u ofendido(a), y esta puede en forma inmediata transmitirle al(a) juzgador(a) su punto de vista sobre lo que haya de resolverse, a la vez que se entera directamente, de boca del(a) propio(a) juez(a), de los fundamentos de su decisión.

Por otro lado, el sistema acusatorio posibilita con más intensidad el postulado de la **imparcialidad del(a) juez(a)**, al distinguir con claridad las funciones de acusar y juzgar, como lo dispone con absoluta claridad el artículo 277 párrafo segundo del Código Procesal Penal.

Con lo anterior no quiero tampoco afirmar que un sistema procesal distinto del acusatorio sea, entonces, inconstitucional: simplemente quiero resaltar que un sistema con características acusatorias sirve de mejor manera al diseño constitucional del proceso penal, que otros sistemas de investigación y juzgamiento de delitos, por lo que no solo es necesario, sino conveniente a los intereses de la justicia, mantener, en la praxis y en la jurisprudencia, sus características esenciales.

**I.3. La investigación en el sistema acusatorio.** Tal y como se ha señalado en doctrina<sup>5</sup>, existen características esenciales de la investigación en un sistema de corte acusatorio, donde son especialmente relevantes las siguientes:

**I.3.1.** La separación de funciones impide al(a) juez(a) iniciar de oficio un proceso penal y lo inhibe de inmiscuirse en actos de investigación, salvo los casos de excepción en que debe hacerlo por disposición expresa del(a) legislador(a): en un sistema de características acusatorias no hay jurisdicción sin acción externa.

De esto se deriva la contradicción sistémica existente en un caso en que el/la juez(a), sin gestión de parte, disponga alguna medida que afecte derechos fundamentales de algún particular.

**I.3.2.** La separación de funciones delega la carga de la prueba en manos de las partes acusadoras; así, corresponde entonces a la fiscalía, o al(a) acusador(a) privado(a) en los casos en que su intervención sea posible, el probar la culpabilidad del(a) acusado(a) en los hechos que se investigan. Esta aseveración debe matizarse en aquellos sistemas que, por no ser acusatorios en su forma pura, permiten la gestión probatoria del(a) juez(a) en supuestos concretos.

---

<sup>5</sup> Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2005, págs. 14-23).

**I.3.3.** Por su parte, la gestión probatoria en manos de las partes acusadoras lleva a la contradicción entre partes. Esa contradicción es evidente desde el momento en que existe una parte interesada en recabar prueba y otra interesada en verificar que la que se recabe sea legítima, y en producir contrapueba que refute la recabada por la parte acusadora. La contradicción debe posibilitarse ya desde la propia investigación preparatoria, no solo porque algunas pruebas producidas en esa etapa pueden incorporarse directamente al debate, sino además porque, en general, la investigación preliminar perfila el resultado del proceso como ha señalado Schünemann “[...] los dados caen por lo general en la instrucción, y un desarrollo equivocado en ese estadio sólo puede ser corregido en la etapa de juicio oral en casos excepcionales [...]”<sup>6</sup>.

Por otra parte, es clara la importancia de la contradicción en la etapa preparatoria, no solo para darle contenido esencial al derecho fundamental a la defensa del(a) acusado(a) sino además para asegurar que la decisión final del(a) investigador(a) (llámese fiscal o querellante) sea tomada de frente a todas las variables probatorias y procesales a considerar, y sea, en consecuencia, una decisión firmemente apoyada y, además, convincente.

Empero, no es entendible la negativa, sin más, del órgano investigador a permitir la intervención de la defensa en la etapa de investigación ni su negativa a tomar en cuenta las pruebas ofrecidas por ella; pues así lo único que se logra es una decisión conclusiva que puede resultar incompleta y sesgada, en el tanto se dejan de lado apreciaciones e hipótesis que luego, en debate, pueden resultar incluso más convincentes y fuertes, desmejorándose así la posición de la fiscalía en la etapa crucial del proceso<sup>7</sup>.

No obstante, se debe tener presente que nunca existirá una investigación completamente contradictoria ya que, como con acierto y gran sentido práctico ha señalado Schünemann, las autoridades de persecución penal deben conservar el derecho de definir la estrategia de la investigación y de mantener alejada a la defensa cuando su participación ponga en riesgo el éxito de las indagaciones<sup>8</sup>.

#### **I.4. La investigación preparatoria en el Código Procesal Penal**

En forma coincidente con las principales características que históricamente han sido propias del sistema acusatorio, nuestro Código Procesal Penal establece en principio, pero con claridad, la distinción entre la función de investigar y acusar un delito, y la función de juzgarlo.

Así, la investigación preparatoria está a cargo, esencialmente, del Ministerio Público, tal y como se desprende de la lectura de los artículos 16 párrafo primero, 62, 275, 277, 289 y 291 del Código Procesal Penal. La intervención del órgano jurisdiccional en la investigación es excepcional, y ocurre en los supuestos que en forma general se enuncian en los numerales 277 y 293 de ese cuerpo normativo.

---

<sup>6</sup> Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.37.

<sup>7</sup> Como señala Alexy, haciendo alusión a la teoría de la argumentación de Perelman, “[...] *Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuáles él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presente también los respectivos contraargumentos [...]*”. (Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2007, pág.169).

<sup>8</sup> Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.67.

No obstante, debo reconocer que el/la legislador(a) ha reservado al(a) juez(a) cierta autonomía en la gestión y obtención de la prueba, como lo refleja el contenido de los artículos 314, 320, 327 y 355 del Código Procesal Penal: debe entenderse, a partir de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 277 antes citado, que esa posibilidad es excepcional.

La intervención del(a) juez(a) penal en la investigación de un delito resulta ser un supuesto aislado, y además es legítimo solo por disposición expresa del(a) legislador(a): quien investiga es el/la fiscal, no el/la juez(a). De allí que se haya señalado que en la investigación preparatoria el/la juez(a) penal aparece "[...] no ya como un clásico juez "de la causa", sino, mejor aún, como un juez "para" la causa [...]"<sup>9</sup>. Por consiguiente, la actuación jurisdiccional en la investigación preparatoria es, entonces, un elemento accidental en esa etapa del proceso, ya que esta puede transcurrir y finalizar sin que haya sido necesaria esa actuación.

Finalmente, el contradictorio en nuestra investigación preparatoria se posibilita a partir de la exigencia para el/la fiscal de permitir la presencia de las partes en los actos que practique, ello según el párrafo primero del artículo 292 del Código Procesal Penal. Esa misma norma establece la excepción apuntada líneas atrás, en el sentido de que la intervención de las partes no debe interferir con el normal desarrollo de las investigaciones.

## II. Los actos definitivos e irreproducibles

### II.1. Concepto

Estos actos han sido definidos en atención a las características propias de los adjetivos "definitivo" por una parte e "irreproducible" por otra.

Se ha señalado que

[...] el acto es definitivo si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones [...]"<sup>10</sup>.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que la legislación requiere expresamente que el acto tenga ambas características, es decir, debe ser definitivo e irreproducible: el artículo 293, que introduce el concepto, está redactado de tal manera que ambas cualidades deben concurrir en el acto particular<sup>11</sup>.

No obstante, el concepto de acto definitivo e irreproducible es un concepto que puede prestarse a confusión, ya que debemos reconocer que en realidad todo acto procesal, sea de recabación de prueba o decisorio, es siempre definitivo pues ese acto, como tal, una vez realizado ya no se puede modificar; y, por otra parte, todo acto procesal es también irreproducible ya que si se vuelve a realizar será otro acto diferente, realizado en otro momento histórico y en otras circunstancias<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Bertolino, Pedro J. *El Juez de Garantías*. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 2000, pág.112.

<sup>10</sup> Núñez, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Marcos Lerner Editor, segunda edición, 1986, pág.187.

<sup>11</sup> Se ha señalado en doctrina que para distinguirlo de otros actos de recabación probatoria, el acto en especial debe reunir ambas características, pues solo así se justificaría un trato diferenciado. Vid., Darritchon, Luis. *Cómo es el nuevo proceso penal*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo 6, pág.52).

<sup>12</sup> Respecto de lo equívoco y relativo de los conceptos definitivo e irreproducible, se ha señalado "[...] Pues bien, ¿qué es lo definitivo y que es lo irreproducible? Para responder a la pregunta debemos decir que todo acto procesal probatorio es siempre definitivo, porque ese acto, como tal, nunca puede ser igualmente reproducido. También podemos decir que todo acto probatorio es reproducible, pero sus efectos sometidos al transcurso del tiempo, no pueden otorgar la misma conclusión y, por ende, el primer acto es definitivo y, como tal, no puede ser

En un proceso penal con características acusatorias, la verdadera importancia de los actos de investigación y acopio de prueba, que puedan ser considerados como definitivos e irreproducibles en el sentido expuesto por Núñez, no radica en que sean definitivos y que no se puedan repetir: el hecho de que un acto probatorio sea definitivo o irreproducible no tiene, por esa sola circunstancia, relevancia a los efectos de determinar quién debe realizarlo, sobre todo en un sistema en el cual la policía judicial y el Ministerio Público están facultados para realizar actos de investigación

Las características propias de la investigación penal preparatoria hacen que muchos de los actos de investigación que se realizan sean definitivos, pues por sí solos pueden ser incorporados válidamente a juicio. Es por esto que, el levantamiento de huellas dactilares en el sitio del suceso, la inspección de una escena de crimen, la requisita corporal de una persona en la vía pública, el secuestro de una evidencia en un sitio de acceso público: todos son actos de recolección de prueba que se realizan a diario en la investigación de delitos y, pese a la importancia que puedan revestir para la decisión final del caso, son realizados directamente por la policía o por el fiscal.

De hecho, la referencia expresa a los actos definitivos e irreproducibles, por innecesaria que resulte, debería desaparecer como criterio para definir quién debe realizar ese tipo de diligencias, y hacer énfasis en otras características del acto que sí tienen relevancia para ese efecto.

## **II.2. Régimen de los actos definitivos e irreproducibles en el Código Procesal Penal y su tratamiento en la jurisprudencia**

Nuestra legislación procesal penal no contiene una definición de lo que debemos entender por acto definitivo e irreproducible, lo cual hace necesario acudir a otras fuentes para entender ese concepto, siendo de especial interés los criterios de la doctrina al respecto.

Pero más allá de esa indefinición normativa, el Código Procesal Penal regula de manera contradictoria el punto referente a quién debe realizar ese tipo de actos en el proceso.

Partiendo de la conceptualización antes apuntada, extraída de autorizadas fuentes doctrinarias, debe considerarse que en la normativa procesal existen disposiciones que, en forma general, señalan que tal tipo de actos deben ser realizados mediante las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba, cuya realización es propia del órgano jurisdiccional; pero existen otras disposiciones que, en forma contraria, autorizan expresamente aun a la policía judicial, a realizar actos que asumen esas características.

**II.2.1.** El numeral 293 del CPP señala expresamente que cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o se deba recibir una declaración con las características que allí se señalan, corresponde al(a) juez(a) recibirla o realizarla.

**II.2.2.** Por otra parte, el artículo 286 del mismo cuerpo legal expresamente autoriza a la policía judicial a realizar actos que por sus características son claramente definitivos e irreproducibles, por ejemplo: hacer constar el estado de personas, cosas o lugares, cuando exista el peligro de que una demora comprometa el éxito de la investigación, ello mediante

---

*reproducido [...]". Vid., Hidalgo Murillo, José Daniel. Introducción al Código Procesal Penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1998, pág.368).*

inspecciones, planos o fotografías; realizar exámenes técnicos y otras operaciones que requiera la adecuada investigación; cuidar que los rastros del delito sean recolectados y conservados.

Asimismo, el artículo 290 del CPP señala que el/la fiscal practicará las diligencias y actuaciones de investigación que no requieran autorización jurisdiccional. Si tomamos en cuenta que los actos definitivos e irreproducibles, según el artículo 293 del mismo cuerpo legal, deben ser realizados por el/la juez(a), no podría entonces el/la fiscal realizarlos; pero esta conclusión carece de sentido al confrontarla con la disposición del artículo 286 *ibidem* que le permite realizar actos con esas características a la policía judicial en forma directa. Ahora bien, en un sistema con características acusatorias, donde la investigación preparatoria es responsabilidad del(a) fiscal y la policía judicial actúa bajo su dirección funcional, no se entiende cómo al(a) fiscal se le prohíbe hacer por sí mismo(a) un acto que sí se le permite a su subordinado(a) funcional.

En el mismo sentido, el artículo 199 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres (Ley n.º 7331) faculta expresamente a las autoridades de tránsito a realizar, en forma directa y en el lugar de los hechos, pruebas de aliento por medio de alcohosensores u otros dispositivos, las cuales son idóneas para acreditar el estado de intoxicación etílica de un conductor.

**II.2.3.** La jurisprudencia ha seguido el mismo camino —un tanto incierto— respecto de quién debe realizar los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal. La Sala III de la Corte, en forma reiterada, había sostenido que actos definitivos e irreproducibles como: la marcación de billetes previa a una precompra de droga, la requisita al(a) colaborador(a) policial, la entrega del dinero al(a) colaborador(a); todos estos, eran actos para los cuales estaban facultados de manera suficiente el/la fiscal y la policía. Al respecto, en la sentencia 366-2001 de la Sala III se hace ver que

[...] los oficiales de policía pueden realizar actos probatorios que pueden incorporarse al debate para ser analizados conforme a las reglas de la sana crítica, sin que tales actos puedan ser repetidos luego en el curso del proceso penal, como ocurre, por ejemplo, con el decomiso de bienes verificado en el lugar de los hechos, motivo por el cual la legislación procesal les autoriza a realizarlos con el fin de que puedan ser válidamente incorporados al proceso y sometidos al juicio crítico de las partes y de los jueces [...]

Por otra parte, existe un cambio de criterio importante en la sentencia 9-2007, recaída en una causa por “posesión de droga para el tráfico”, en la cual se hizo ver que

[...] Dentro de un sistema acusatorio, y en el caso que nos ocupa, la función del juez es garantizar los derechos de las partes, así como la validez del operativo. La manera en la cual estos agentes policiales del Ministerio de Seguridad Pública decidieron realizar el intercambio, requería no sólo de la concurrencia de la dirección funcional del Fiscal, sino también la participación de un juez penal que, a solicitud del Ministerio Público, marcara los billetes que iban a ser utilizados en la compra controlada, y participara en las respectivas requisas, la entrega del dinero a los oficiales y la compra controlada a los imputados [...]

La circunstancia de que en este pronunciamiento se haga referencia a una intervención de oficiales de la policía administrativa y no de la policía judicial, no es cuestión relevante

desde el momento en que el artículo 284 del Código Procesal Penal dispone que tales oficiales serán considerados como agentes judiciales cuando cumplan funciones de policía represiva.

En contraposición, el Tribunal de Casación Penal de la sede Goicoechea, en la sentencia 587-2007, hizo ver que la recabación probatoria, aún y cuando sea definitiva e irreproducible, puede ser realizada en forma independiente por el/la fiscal y la policía, en tanto que no exista afectación de derechos fundamentales: es decir, el que un acto sea definitivo y que no se pueda reproducir posteriormente, son cualidades que no lo convierten, en forma automática y por esa sola circunstancia, en un acto de naturaleza jurisdiccional. Al respecto, el mismo Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, en la sentencia 1575-2007 señaló la validez de una requisita efectuada en forma directa por la autoridad de policía, acto que, por razones obvias, debe ser considerado como definitivo e irreproducible.

**II.2.4.** Queda claro que tanto la regulación normativa como la respuesta jurisprudencial sobre este particular no son homogéneas en señalar la naturaleza necesariamente jurisdiccional del acto definitivo e irreproducible.

### **II.3. ¿Es el acto definitivo e irreproducible un acto que, únicamente por serlo, debe ser realizado por el órgano jurisdiccional?**

La jurisprudencia nacional ha fundado la necesidad de que un acto definitivo e irreproducible sea practicado por el/la juez(a), en distintas razones; empero, dichas razones, como de seguido se expone, no parecen adecuadas para llegar a esa conclusión.

**II.3.1.** Se ha señalado que, en una precompra controlada de droga planeada como operativo final, era necesario contar con la presencia de un(a) juez(a) por tres razones básicas: porque la compra controlada luego se incorporaría al debate como prueba, porque el/la juez(a) debe garantizar la validez del operativo, y para que la prueba fuera irrefutable y el tribunal pudiera así fundar adecuadamente la sentencia<sup>13</sup>.

**II.3.1.1.** El hecho de que la precompra final luego pudiera ser incorporada como prueba al debate no es una cuestión que conlleve la necesidad de que sea realizada por orden y con intervención del(a) juez(a) de la etapa preparatoria.

Más bien, no existe ninguna norma que indique que para incorporar las pruebas al debate estas, necesariamente, deben haber sido practicadas con la intervención del(a) juez(a). Por el contrario, el artículo 334 inciso b) del CPP autoriza la introducción al debate de pruebas que, por razones obvias, se produjeron sin la presencia del(a) juez(a), como lo son la denuncia (el/la juez(a) no recibe denuncias), las actas de registro e inspección (la policía está autorizada a practicarlos, tanto normativa como jurisprudencialmente) y las actas de secuestro (la policía y el/la fiscal pueden realizarlo, como lo indica el artículo 198 del CPP).

Por esto, la exigencia jurisprudencial de comentario se traduciría, en el fondo, en la necesidad de jurisdiccionalizar gran cantidad de actos de recabación probatoria, inclusive los sumamente sencillos como una recolección de huellas dactilares o una inspección, pues solo

---

<sup>13</sup> Sala Tercera de la Corte, sentencia 9-2007, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de enero de dos mil siete.

así se podrían incorporar a debate. Esa posibilidad no parece correcta, no solo por razones teóricas, pues es impropia de un sistema marcadamente acusatorio como el que nos rige en el que existe una clara diferenciación entre la función jurisdiccional y la función investigativa; sino además por razones normativas, pues el artículo 277 párrafo segundo del CPP señala que los(as) jueces(zas) no podrán realizar actos de investigación, salvo las excepciones expresas, dentro de las cuales no se encuentra comprendida la exigencia jurisprudencial de comentario.

**II.3.1.2.** Tampoco parece correcto señalar que sea función del(a) juez(a) de la etapa preparatoria intervenir en los actos de recabación probatoria para darles validez.

En consecuencia, no queda claro, en primer lugar, cuál es esa validez que solamente se obtiene si el/la juez(a) interviene en la investigación. Pero como ha quedado expuesto, en nuestro sistema marcadamente acusatorio, por el contrario, la investigación preparatoria es válida si es realizada bajo la dirección funcional del Ministerio Público.

En ese aspecto, se trata de validez formal, es decir del respeto de las formas establecidas para producir la prueba, lo importante es, entonces, el efectivo respeto de esas formas por parte del órgano encargado de investigar, es decir del(a) fiscal, y de la policía cuando actúa en virtud de dirección funcional.

Igualmente, se ha señalado que la intervención del(a) juez(a) en una escena criminal encuentra su razón de ser

[...] en la necesidad de legitimar la recabación probatoria, pues el Juez, como sujeto especializado en la materia procesal, tiene conocimiento de las formalidades que exige cada elemento probatorio [...]<sup>14</sup>

No obstante, esa función no es propia del órgano jurisdiccional en un sistema procesal como el que nos rige. El cumplimiento de las formas procesales es responsabilidad esencialmente del(a) fiscal, ya que este órgano debe interesarse en la producción y utilización de prueba de calidad con la cual pueda lograr que su caso sea avalado por el tribunal en sentencia: no es tarea del(a) juez(a) estar corrigiendo los defectos procesales en que incurra el/la fiscal.

En todo caso, esa tarea no solo es teóricamente inaceptable, sino además materialmente imposible de cumplir, ya que como se ha indicado

[...] un control que merezca esta denominación supone obviamente que quien controla posea el mismo nivel de información que el controlado. Con otras palabras, que el juez de instrucción tenga el mismo conocimiento de las actuaciones que el fiscal que hace la solicitud [...]<sup>15</sup>.

En ese mismo sentido ha señalado Dencker que "[...] *El control judicial ejercido por el juez de la investigación preliminar no puede ser caracterizado seriamente como control [...]*"<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Hidalgo Murillo, José Daniel. *Introducción al Código Procesal Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, primera edición, pág.388.

<sup>15</sup> Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.57.

<sup>16</sup> Dencker, Friedrich. "Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal". En *Revista Nueva Doctrina Penal*, año 1998/B. Editores del Puerto, pág.492.

Y no es aceptable, ni posible en términos reales, que el/la juez(a) esté al tanto e intervenga en todos los actos de recabación probatoria, simplemente para verificar que las cosas se hagan respetando las formas establecidas: eso significa, ni más ni menos, convertir la etapa preparatoria en una etapa jurisdiccional en su totalidad.

**II.3.1.3.** Tampoco es función del(a) juez(a) intervenir en la producción de la prueba para que esta sea irrefutable.

En consecuencia, debe reconocerse la existencia de dos dimensiones distintas de la prueba como son, por una parte, su *validez y legalidad*: las que se derivan del respeto a las normas procesales; por otra parte, su *valor probatorio e irrefutabilidad*: lo que no depende de la intervención del(a) juez(a), pues aun con su intervención la prueba se puede refutar o contradecir con otras pruebas.

**II.3.2.** Por otra parte, se ha señalado que el hecho de que se trate de una fase trascendente del proceso, como el caso del operativo final de precompra de droga, implica la necesaria intervención del(a) juez(a) penal<sup>17</sup>.

Pero ese criterio tampoco parece adecuado, toda vez que es irrelevante el orden cronológico que tenga el acto en el contexto de la etapa preparatoria: no interesa que sea el primero, el tercero o el último, pues lo relevante son las características del acto mismo. En muchos casos, la prueba esencial es la que se recibe en los albores de la investigación, por ejemplo un levantamiento de huellas dactilares en la escena de un robo a una vivienda, que luego del debate sirve como fundamento probatorio de una sentencia condenatoria.

**II.3.3.** Podría pensarse en la exigencia de que el/la juez(a) intervenga en la producción de la prueba, cuando esta sea de tal importancia que sea suficiente para fundar una sentencia condenatoria: argumentando que esa prueba por sí sola es suficiente para afectar el derecho fundamental a la libertad personal.

No obstante, esa razón no parece suficiente para derivar de ella la necesaria jurisdiccionalización de un acto probatorio: para arribar a esa conclusión debe atenderse a las características propias del acto mismo, y no al resultado final que pueda derivar de la utilización de la prueba en debate. Como ha hecho ver la jurisprudencia

[...] Si bien el juez penal, tal y como consta en el acta visible a folio 90, realiza la requisita del oficial encubierto Ferreto Salazar y procede a entregarle los billetes marcados, con el fin de utilizarlos en la compra de la droga; y es esa misma autoridad quien después de realizarse la compra controlada de droga, la recibe de manos del oficial Ferreto ( cfr . folio 91); dichas actuaciones no involucran o afectan derechos fundamentales del justiciable, ergo, podrían haber estado a cargo del fiscal ...]<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sala Tercera de la Corte, sentencia 311-2006 de las nueve horas treinta minutos del siete de abril de dos mil seis.

<sup>18</sup> Tribunal de Casación Penal, Goicoechea, sentencia 1006-2007 de las 15:25 horas del 6 de setiembre de 2007.

Es decir, es la propia naturaleza del acto, y especialmente su afectación a derechos fundamentales, lo que sirve de fundamento a la necesaria intervención jurisdiccional<sup>19</sup>.

#### II.4. Intervención de la defensa en los actos definitivos e irreproducibles

La intervención de la defensa en la práctica de los actos definitivos e irreproducibles merece un comentario aparte.

En primer lugar, como lo ha señalado la jurisprudencia, existirán casos en los que, por especiales circunstancias como pueden serlo la urgencia en su realización o la necesidad de llevarlo a cabo sin previo aviso para no entorpecer la diligencia misma, no será posible ni exigido contar con un(a) defensor(a) al momento de realizar el acto de que se trate.

Pero más allá de esas situaciones particulares, la exigencia del contradictorio en la etapa preparatoria, en su doble vertiente, es decir para asegurar el ejercicio de la defensa ya desde la investigación preliminar, pero también para asegurar que la decisión conclusiva sea de calidad, es decir que no esté fundada unidireccionalmente sino que sea comprensiva de las distintas hipótesis que puedan plantearse, es una exigencia que debe atender el Ministerio Público.

Como ha expuesto Roxin, la tarea del(a) fiscal es compleja desde el punto de vista psicológico, ya que en función del principio de objetividad que rige sus actuaciones, debe probar la culpabilidad del(a) acusado(a), pero también debe defenderlo(a) investigando cuestiones que le sean favorables<sup>20</sup>. En ese contexto, la intervención de la defensa resulta de suma importancia para hacer valer, de forma clara y definitiva, los hechos y las pruebas que puedan contribuir a fortalecer la posición del(a) acusado(a).

Al respecto, no es desde ningún punto de vista admisible que en la investigación preparatoria el/la defensor(a) sea visto(a) como un(a) interviniente al(a) que se debe tratar con desconfianza. Antes bien, su intervención en el proceso contribuye a depurar la prueba de cargo, da efectividad al contradictorio en esta etapa, el cual, si bien limitado en algunos aspectos, contribuye a fortalecer la hipótesis fiscal reflejada en el requerimiento conclusivo.

De otro modo, en nada contribuye a la *administración de justicia* una investigación preparatoria realizada a espaldas de la defensa; por el contrario, esa práctica puede derivar en una recabación probatoria que, por incuestionada pueda resultar ineficaz al advertirse posteriormente defectos en su producción, o que por haberse formado unidireccionalmente, sin tomar en cuenta hipótesis alternativas, resulta insuficiente para acoger las pretensiones fiscales: todo ello con el agravante de que en la etapa de juicio es sumamente difícil corregir yerros investigativos.

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido el Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, en la sentencia 961-2007 de las 9:45 del 30 de agosto de 2007 señaló "[...] En consecuencia, las investigaciones por venta o tráfico de drogas en que se realizan operativos de compras controladas, pueden ser realizadas por el Fiscal de la causa pues no existe alguna norma que obligue a que tales actos deban necesariamente ser autorizadas por el Juez Penal (En igual sentido sentencia 2007-0792 de 26 de julio de 2007 del Tribunal de Casación Penal de San José y 2007-00324 del Tribunal de Casación de San Ramón). Se requiere la intervención jurisdiccional cuando deba realizarse allanamientos u ordenarse intervenciones corporales que puedan lesionar en forma muy considerable el derecho a la intimidad, como por ejemplo cuando se oculta droga en ciertas partes del cuerpo. (Ver sentencia 1428-96 de la Sala Constitucional ). En consecuencia, aún cuando se solicita la intervención de juez para tales actos, es lo cierto que el operativo en lugar público no requiere autorización jurisdiccional [...]". (Tribunal de Casación Penal, Goicoechea, sentencia 961-2007 de las 9:45 del 30 de agosto de 2007).

<sup>20</sup> Roxin, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pág. 40.

En definitiva, como ha señalado Hassemer *"Cuanto más efectivamente participe el imputado en el desarrollo y la finalización del procedimiento, tanto más se podrá contar con un control del poder estatal en el procedimiento penal [...]"*<sup>21</sup>.

**II.5. A modo de conclusión. No es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional en los actos definitivos e irreproducibles, en tanto no se vulneren derechos fundamentales: ello desnaturaliza el sistema procesal marcadamente acusatorio que nos rige**

De lo antes expuesto puedo extraer algunas ideas importantes sobre el tema que me ocupa.

**II.5.1.** La circunstancia de que un acto de investigación sea definitivo e irreproducible no es suficiente por sí sola para señalar que se trata de un acto que debe ser ordenado y realizado por el órgano jurisdiccional: esa afirmación es contraria al diseño marcadamente acusatorio de nuestro proceso penal.

**II.5.2.** No es correcto establecer un sistema de prueba tasada y afirmar que en determinados casos, por ejemplo cuando la actividad policial para comprobar el delito sea la única prueba existente, se requiere que la recabación probatoria esté controlada jurisdiccionalmente: debe imperar, aun en tales casos, la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, para extraer de ella las conclusiones que correspondan.

**II.5.3.** La verdadera razón por la que el órgano jurisdiccional debe intervenir en la investigación preparatoria no tiene que ver con los actos definitivos e irreproducibles; esa intervención se justifica únicamente cuando nos encontramos frente a actos de investigación que lesionan derechos fundamentales. Por ende, ampliar la intervención del(a) juez(a) a supuestos distintos conllevaría a jurisdiccionalizar la investigación de manera innecesaria.

**II.5.4.** Una correcta comprensión de nuestro sistema procesal, en mi criterio, debe arrojar los siguientes resultados sobre el tema que me ocupa.

**II.5.4.1.** Durante la investigación preparatoria, el Ministerio Público debe permitir amplia participación a la defensa técnica y al(a) acusado(a) en los actos de investigación que se realicen, especialmente cuando se trata de actos definitivos e irreproducibles, con la única excepción de aquellos que, por sus características, requieran del factor sorpresa para su realización y, por ello, no se puede avisar de previo a las partes: en estos casos excepcionales el resultado obtenido debe ser comunicado a la defensa técnica y al(a) acusado(a) en cuanto sea posible.

**II.5.4.2.** Durante la investigación preparatoria el órgano jurisdiccional no debe ser llamado a intervenir más que en aquellos actos que lesionen derechos fundamentales o en los que, en forma expresa, se requiera su presencia, por ejemplo en los casos de levantamiento de cuerpos.

**II.5.4.3.** Corresponde al(a) juez(a) de la etapa intermedia, en la audiencia preliminar, y posteriormente, en su caso, al tribunal de juicio, valorar la corrección de las investigaciones realizadas bajo la dirección funcional del Ministerio Público, y determinar cuáles resultan legítimas y son admisibles para fundar la sentencia, y cuáles deben ser excluidas por haberse incurrido en algún vicio absoluto en su producción y/o manipulación.

**II.5.5.** La función jurisdiccional de velar por el respeto a los derechos fundamentales en la investigación preparatoria no puede llevarse a extremos tales que desnaturalicen el diseño acusatorio y lleven a jurisdiccionalizar la investigación. Por el contrario, lo propio es que el

---

<sup>21</sup> Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 86.

órgano jurisdiccional haga una revisión “ex post” de las investigaciones, y discrimine las que son utilizables y excluya las que no lo son.

Pero la consecuencia última de ese control posterior es la supresión de la prueba ilícita, sobre lo cual la Sala Constitucional ha mantenido una posición constante

[...] sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí —sobre lo cual no parece haber ninguna discusión—, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio [...] (cfr. Sala Constitucional, sentencia 1739-92).

**II.5.5.1.** La solución que se propone ha sido avalada en doctrina y asimismo reciente jurisprudencia de casación la contempla. El Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, ha señalado

[...] También, difiere este Tribunal del criterio externado en el fallo, que para la práctica de la requisita sea requisito de validez de la prueba, la presencia de un tercero ajeno a la policía, pues el artículo 189 aunque lo impone como regla para garantizar la objetividad de la actuación policial, no obstante en los casos en que no exista alguna otra persona tampoco podrá esta exigencia tornar imposible su práctica ni inválida la prueba, solamente que será de notar por el juez al momento de valorar la evidencia, para determinar la transparencia en la obtención y la certeza de su origen [...] (cfr. Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, sentencia 1575-2007 de las 8:45 horas del 14 de diciembre de 2007).

Por su parte Dencker hace ver que el control jurisdiccional sobre los actos investigativos realizados preliminarmente por el/la fiscal debe ser, necesariamente, posterior y posibilitando el contradictorio, de modo que así se seleccionen las evidencias que pueden ser usadas para la decisión final del caso<sup>22</sup>.

**II.5.6.** Si existe desconfianza respecto de la labor investigativa a cargo del Ministerio Público, la solución no pasa por imponer la presencia del(a) juez(a) en actos que por su naturaleza no lo requieren: con ello lo que se logra es la jurisdiccionalización de la etapa preparatoria, suprimiendo así la diferenciación entre las funciones de investigar y juzgar.

En principio, la solución pasa por promover el principio de objetividad y el deber del(a) fiscal de permitir la intervención de la defensa en los actos del procedimiento: el/la fiscal no debe ver al(a) defensor(a) como un obstáculo, sino como un(a) interviniente que ayuda a depurar los actos de investigación, de modo que estos puedan considerarse y utilizarse, legítimamente, en el proceso. Y, en segundo término, la supresión de la prueba ilícita será la consecuencia inevitable que deberá asumir el Ministerio Público, en aquellos casos en los que en definitiva haya existido un defecto esencial en la producción y recabación de la prueba.

---

<sup>22</sup> Dencker, Friedrich. “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1998/B. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 493.

## ***Las medidas cautelares reales en el proceso penal***

***Por Rafael Ángel Sanabria Rojas\****

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Medidas cautelares. 2. a. Concepto. 2. b. Características de las medidas cautelares. 2. b.1. Instrumentalidad. 2. b.2. Provisionalidad. 2. b.3. Mutabilidad. 2. b.4. Homogeneidad con las medidas ejecutivas. 2. b.5. Ejecución inmediata. 3. El embargo. 3. a. Tipos de embargo. 3. a.1. Embargo simple. 3. a.2. Embargo preventivo. 3. a.2.1. Concepto. 3. a.2.2. Bienes embargables. 3. a.2.3. Bienes inembargables. 3. a.2.4. Garantía en el embargo preventivo. 4. La anotación de la demanda. 4. a. Concepto. 4. b. Condiciones para su aplicación. 5. Anotación en causas por accidentes de tránsito. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

### **Introducción**

---

\* Juez de casación y magistrado suplente.

Las medidas cautelares reales tienen como fin garantizar la efectiva reparación del daño cuya indemnización se otorgue en sentencia. Como bien lo señala Artavia (2003, T II, p. 308):

La lentitud de los procesos judiciales es la causa fundamental de la desconfianza de la opinión pública en la administración de justicia. Esa larga y obligada espera por el reconocimiento jurisdiccional de nuestro derecho, equivale prácticamente a desconocer el derecho a la tutela jurisdiccional; y si a ello sumamos la actitud de demandados inescrupulosos, o el daño irreparable que el demandado pueda causar al actor con actos que impliquen enajenación o distracción de bienes, o la ejecución del acto lesionador, hace necesario un mecanismo procesal que dé garantía y seguridad a quien acude al órgano jurisdiccional en busca de **justicia**. Aquí habría que verificar donde comienza y termina la cita

En este sentido, no existe la menor duda de los esfuerzos que se realizan en nuestro medio para combatir la mora judicial, no solo incentivando formas más ágiles de resolver, sino también mediante la implementación de soluciones alternativas (conciliación, reparación integral del daño, suspensión del proceso a prueba), o bien a través de propuestas de reforma legislativas como el proyecto de Código Procesal General. Sin embargo, mientras no se logre resolver los conflictos dentro de plazos razonables, las medidas cautelares constituyen un instrumento indispensable para evitar que las sentencias se conviertan en simples documentos, cuya ejecución no es posible por la distracción de bienes realizada por el/la deudor(a).

En relación con esto, García de Enterría (1995, p. 337) destaca los inconvenientes de una **justicia lenta**. Aquí no hay algún punto, parece que se corta la idea

Quien tiene la razón suele estar gravado con penosísimas cargas procesales que perjudican con normalidad su derecho y que favorecen correlativamente y de manera sustancial al deudor de mala fe o al incumplidor doloso de sus deberes. La duración excesiva de los procesos perjudican prácticamente siempre a quien tiene razón.

Por consiguiente, las medidas cautelares tienden a proteger al(a) actor(a) civil de esa deficiencia del Estado al no cumplir con el mandato constitucional (art. 41) de justicia pronta. Por eso Jinesta (1996, p. 13) afirma

[...] un buen sistema cautelar puede reducir los efectos nefastos de la dilaciones que impiden una rápida resolución (al permitir la adopción de medidas dirigidas a lograr un resultado análogo al obtenible si la intervención jurisdiccional pudiera realizarse en el momento mismo de la demanda judicial) [...]

Precisamente por esto, las medidas cautelares constituyen una respuesta oportuna al retardo en la administración de justicia, con lo cual a la vez se erigen como una herramienta de vital importancia para el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, contemplada en el artículo 41 de la Constitución Política costarricense.

En este sentido sostiene Jové (1995, p. 14):

[...] las medidas cautelares [...] pretenden ser el remedio previsto por el legislador para disminuir el peligro inmanente a la dimensión temporal del proceso jurisdiccional [...] el elemento tiempo se distorsiona posibilitando que el obligado especule con las ventajas que puede comportarle el retraso de una resolución judicial firme [...] el ordenamiento debe actuar cuando advierte el peligro de frustración del resultado del juicio, porque la incertidumbre que su propio desarrollo

genera afecta a ambas partes, y tan loable es proteger un resultado favorable para el sujeto pasivo como para el actor o demandante.

Ahora bien, a pesar de que el proceso penal se tramita con mayor celeridad con respecto al proceso civil, esto no elimina del todo la mora judicial en lo penal y el consecuente peligro de distracción de bienes de las personas que eventualmente deban responder por los daños y perjuicios. Por ende, previendo la forma de atacar estos fraudes y a partir de la posibilidad del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, también se ha regulado la aplicación de medidas cautelares, razón por la cual este estudio se limita al embargo y a la anotación de la demanda: se pretende analizar las características, regulación vigente y aplicación de estas figuras, en el ejercicio de la acción civil resarcitoria.

Además, se puede partir de que, excepto en los casos en que el/la actor(a) civil cuente con título ejecutivo, la opción de garantizarse la reparación es a través del embargo preventivo, es decir, obligando al(a) actor(a) a depositar un monto para proteger los derechos de la persona afectada con esa medida. Por supuesto que la víctima puede ser restituida provisionalmente del bien en cualquier momento del proceso, pero una decisión definitiva sobre el particular requiere el ejercicio de la acción civil y del embargo, pues la simple restitución provisional no impediría necesariamente la distracción del bien. La opción referida se encuentra contemplada en el artículo 140 del Código Procesal Penal

En cualquier estado de la causa y a solicitud del ofendido, el tribunal puede ordenar, como medida provisional, el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo.

Por otra parte, una medida cautelar distinta a la referida es en la que las víctimas cuentan con la opción de solicitar la anotación de la demanda en los asientos de inscripción de los inmuebles o muebles en el Registro Nacional, siempre y cuando se discuta en el proceso penal cuestiones relativas a la propiedad de ese bien (artículos 282 del Código Procesal Civil y 468 del Código Civil). Sin embargo, esto no evita que el inmueble sea traspasado. Únicamente servirá de alerta para los terceros que lo adquieran, impidiendo luego que se ignore la citada anotación, bajo el argumento de la buena fe.

## **2. Medidas cautelares**

En relación con las medidas cautelares, antes de pasar al estudio de las previstas para la acción civil resarcitoria en sede penal, debemos establecer en qué consisten y cuáles son sus principales características.

### **2. a. Concepto**

Las medidas cautelares son aquellas tendentes a evitar que el derecho reclamado se torne incierto o se dañe, por un acto u omisión del(a) demandado(a) o un tercero, que pueda generar un perjuicio irreparable, o reducir la eficacia práctica de la futura sentencia e incluso alterar lo pretendido (Artavia, 2003, T II, p. 314; Font, 1991, p. 62).

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido las medidas cautelares de la siguiente forma:

Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como “un conjunto de potestades procesales del juez —sea justicia jurisdiccional o administrativa— para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar

las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final (voto 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994. Otros fallos similares: 6786-94, 3929-95, 5407-95, 6663-95, 2161-98).

Actualmente, la doctrina realiza una división entre medidas cautelares clásicas como el embargo preventivo, el arraigo y la anotación de la demanda, y las medidas cautelares atípicas, innominadas o indeterminadas, que persiguen el mismo fin y están contempladas en los artículos 241 a 244 del Código Procesal Civil costarricense. Sobre estas últimas señala Artavia (2003, T II. p. 333):

[...] el párrafo segundo del artículo 242 CPC contempla la posibilidad de que mediante una medida innominada se pueda autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, el depósito de bienes, poner en posesión provisional de una cosa o imponer el otorgamiento de una garantía. Esto significa que bajo la amplitud de esta norma se puede ordenar medidas en procesos de cualquier naturaleza [...] Pero, en el espíritu mismo de la norma se incluye la posibilidad para que, mediante el mismo trámite, se pueda ordenar la entrega anticipada de los bienes, evitar el deterioro intencionado o el uso abusivo de la cosa mueble o inmueble, el secuestro judicial —no el simple embargo— de la cosa objeto del proceso, la entrega provisional de un bien, a fin de evitar en ambos casos su ocultamiento o destrucción, la ejecución de un acto —obligación de hacer—, la intervención en la administración de los bienes litigiosos de producción, la prohibición de hacer un acto [...] la destrucción de lo construido indebidamente, la prohibición de producir, exponer o comercializar un bien, la intimación al demandado para que se abstenga de cometer actos relacionados con la conducta indebida reclamada, la prohibición de publicidad ilícita, la suspensión de los artículos producidos en violación al derecho de patentes, la suspensión de uso indebido o la comunicación pública de una marca, la suspensión de reproducción y comunicación con violación al derecho de auto, el cese de producción de productos, la suspensión de los efectos de un acuerdo societario o de asamblea de condóminos, objeto de una pretensión constitutiva de nulidad y algunas medidas en materia de familia.

Empero, no existe prohibición de utilizar estas medidas atípicas en el proceso penal, en tanto tiendan a evitar mayores perjuicios a la víctima en cuanto a su pretensión de resarcimiento formulado en la acción civil resarcitoria. Por esto debe recordarse, en abono a esta posición, que la acción civil resarcitoria constituye un proceso civil dentro del penal y, por el principio de unidad del ordenamiento jurídico, deben aplicarse las reglas del proceso civil cuando el penal no contemple disposiciones especiales; para esto, las medidas cautelares atípicas constituyen una herramienta sumamente útil para garantizar la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, desde ahora limitamos los alcances de este ensayo al estudio de las medidas cautelares típicas y más concretamente el embargo preventivo, única incluida en el Código Procesal Penal, así como la anotación de la demanda que también es posible utilizar en la acción civil resarcitoria, con fundamento en el principio de unidad ya citado.

## **2. b. Características de las medidas cautelares**

Las medidas cautelares se distinguen por su instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, homogeneidad. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha destacado este carácter de las medidas cautelares, determinando que los principales elementos configurativos son: lícitas y jurídicamente posibles; provisionales, al extinguirse con el dictado del acto final; fundamentadas, pues deben tener un sustento real en relación con el caso particular; modificables o susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; accesorias, al justificarse dentro de un proceso principal; de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; homogéneas y no responden a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución (Votos 3929-95, 3463-93, 6786-94, 7190-94, 5407-95, 6663-95, 2161-98, 7278-2002).

### **2. b.1. Instrumentalidad**

Implica que la medida cautelar no tiene independencia. No es un fin en sí mismo, sino un instrumento de la sentencia. Está vinculada al proceso principal, al cual sirve para garantizar el resultado. Sobre este particular expresa Artavia (2003, T II, pp. 318-319) y en sentido similar Font (1991, pp. 62-63):

La medida cautelar no se vale por sí sola, de hecho está al servicio del proceso principal, del que siempre formará parte, bien sea, que se solicite antes de iniciarse el proceso, con la presentación de la demanda, o en su curso [...] La imprescindible vinculación a un proceso principal hace necesario que desaparecido éste, o no iniciado [...] se ponga fin a la cautela.

Calamandrei (1984, p. 44) resalta este aspecto de las medidas cautelares, cuando señala que estas

[...] nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito [...]

Otro aspecto importante de esta característica es que la medida cautelar debe tener alguna relación o afinidad con la pretensión de la demanda. Esto no implica una correlación estrecha entre la pretensión de fondo y la medida, porque la medida anticiparía la decisión; lo que se trata es que guarde afinidad en tema a la futura decisión, de manera que sirva como verdadero escudo de defensa con la batalla final del proceso: la sentencia (Artavia, 2003, T. II, p. 321).

Esta exigencia está contemplada en el artículo 241 del Código Procesal Civil, al determinarse que la medida cautelar siempre formará parte del proceso principal. Para nuestros efectos la medida cautelar tendrá dependencia de la acción civil resarcitoria, es decir, de las pretensiones que se formulen en esta.

### **2. b.2. Provisionalidad**

La medida cautelar tiene vigencia hasta el dictado de la sentencia firme. Si la pretensión principal es desestimada, o ya ha sido cumplida, pierde vigencia. En el proceso penal, dado el carácter accesorio de la acción civil resarcitoria (art. 41 del CPP), si por alguna razón no avanza a la sentencia posterior al debate y se dicta un sobreseimiento, debe cesar la medida cautelar. En este sentido se agrega una causal más a la provisionalidad.

### **2. b.3. Mutabilidad**

De la provisionalidad también deriva la posibilidad de modificar o revocar la medida cautelar. Lo común es que mientras no se dicte la sentencia, la medida cautelar sería inmutable, pero si cambian las circunstancias que le sirvieron de base, también podría ocurrir lo mismo con la medida; esta puede ser aumentada, disminuida, sustituida o adaptada a esas nuevas necesidades. Esa posibilidad deriva de lo estipulado por el artículo 244 del Código Procesal Civil.

### **2. b.4. Homogeneidad con las medidas ejecutivas**

Las medidas cautelares son semejantes, pero no iguales, al proceso de ejecución.

Las medidas cautelares tienen como finalidad hacer posible la futura ejecución, pero no pueden anticiparse a ésta o confundirse con ella. La medida cautelar pretende asegurar la eficacia de la futura sentencia, por lo que no pueden servir como medio de anticipación de la sentencia o ejecución previa de esta, pues, entonces, la etapa de ejecución resultaría inútil (Artavia, 2003, T II, p. 324).

Otra diferencia es que la medida cautelar llega hasta la sentencia. La ejecución inicia, por el contrario, con la firmeza del fallo. Sobre esta característica señala Calderón (1992, p. 61):

[...] aunque los efectos puedan ser coincidentes en ningún caso medida cautelar y medida ejecutiva llegarán a confundirse. Como señala Ramos ambas responden a requisitos y finalidades distintas. Si una se concede en base a un *fumus boni iuris* como consecuencia de la existencia de peligro en la demora e incluso en ocasiones previa y obligatoria prestación de la fianza, la otra sólo necesita un título ejecutivo. Mientras que la medida cautelar tiende siempre a asegurar la efectividad de la sentencia de un proceso principal siendo por naturaleza instrumental y provisional, la medida ejecutiva es un acto típico de desarrollo de la ejecución, cuya finalidad enmarca dentro de esa función jurisdiccional de hacer ejecutar la juzgado.

Lo anterior determina una clara diferencia entre las medidas cautelares y las de ejecución. Una vez firme el fallo pierde importancia la medida cautelar, pues su finalidad se ha cumplido.

### **2. b.5. Ejecución inmediata**

La solicitud de medida cautelar debe resolverse a la brevedad, para evitar que se produzca el daño o distracción de los bienes. La parte contraria será notificada una vez ejecutada, o en el mismo acto, pero el recurso no puede detener el efecto de la medida.

### 3. El embargo

Analizados los aspectos generales más importantes de las medidas cautelares, se pasa al estudio del embargo y la anotación de la demanda, como instrumentos para garantizar el resultado del ejercicio de la acción civil resarcitoria. El Código Procesal Penal costarricense regula, en el Título II del Libro IV, lo concerniente a las medidas cautelares de carácter real incluyendo, en forma exclusiva, el embargo. Se establece que el embargo puede pedirse con el escrito de constitución de acción civil o con posterioridad, sin perjuicio del uso del embargo preventivo. A la vez se fija que el embargo no opera de oficio, es decir, debe pedirse por los actores civiles y su fin es garantizar la reparación de los daños y perjuicios y el pago de las costas (art. 263). Finalmente, se hace una remisión a las reglas del Código Procesal Penal, sobre esta materia, en cuanto le sean aplicables (art. 264).

Tal y como lo señalamos anteriormente, el embargo constituye una medida cautelar típica y es la única contemplada en el Código Procesal Penal. Sin embargo, se estima que también es posible el uso de la anotación de la demanda en el trámite de la acción civil resarcitoria, así como las medidas cautelares atípicas reguladas en los artículos 242 y siguientes del Código Procesal Penal.

#### 3. a. Tipos de embargo

Atendiendo a la citada remisión al Código Procesal Civil, en lo que hoy también debe incluirse la Ley de Cobro Judicial n.º 8624, del 1 de diciembre de 2007, que entró en vigencia el 20 de mayo de 2008, conocemos que hay dos tipos de embargo. El embargo simple, cuando se trata de ejecutar un título que de por sí autoriza el embargo directo; y el embargo preventivo, si se carece de ese título, y se usa la medida cautelar para garantizar el resultado del juicio donde se pretende la declaratoria del derecho.

Es posible utilizar ambas fórmulas de embargo en el proceso penal, es decir, no en todos los casos es necesario acudir al embargo preventivo; pues cuando se cuente con un título ejecutivo no lo será, por ejemplo si se discute la comisión del delito de libramiento de cheque sin fondos o estafa mediante cheque, pues el artículo 815 del Código de Comercio autoriza el embargo simple. Otros títulos ejecutivos se detallan en el artículo 2.2 de La Ley de Cobro Judicial ya citada.

Sobre este tema se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 7884-99, de las 15:48 horas, del 13 de octubre de 1999, estableciendo que no riñe con la Constitución Política la utilización del embargo simple o el embargo preventivo, pues esto se encuentra perfectamente delimitado en el Código Procesal Civil, en el cual se establece que corresponde a los(as) jueces(zas) penales la interpretación y aplicación de esas normas, con los ajustes pertinentes. En lo que interesa señaló la Sala sobre el tema

[...] la aplicación del embargo preventivo o del embargo simple tampoco entraña un problema de infracción de la Constitución. Las circunstancias en que debe aplicarse uno u otro en el proceso civil aparecen perfectamente delimitadas en el Código de rito y el traslado de la primera de las figuras mencionadas el ámbito del proceso penal es cuestión que deben los jueces de esa materia definir, sin que la inclinación por alguna de las soluciones expuestas por el consultante sea incompatible con la Constitución Política. Es decir, la ausencia del afianzamiento que presupone el embargo preventivo para la parte que lo pide, no apareja la desprotección del derecho de propiedad o el de defensa del dueño del bien. Debe insistirse en que se trata de una medida dispuesta jurisdiccionalmente en el marco de un proceso, de manera que los eventuales abusos que se cometieran por su medio

pueden y deben controlarse por los cauces que el propio proceso depare y no a través del Juez Constitucional[...]

De acuerdo con lo expuesto, corresponde al(a) juez(a) penal determinar si se utiliza el embargo simple, o bien el embargo preventivo, atendiendo a las reglas fijadas por el Código Procesal Civil y la Ley de Cobro Judicial.

### **3. a.1. Embargo simple**

Tomando en cuenta la remisión que realiza el Código Procesal Penal al Procesal Civil, lo que hoy comprende también la Ley de Cobro Judicial en lo concerniente al embargo, tenemos que el artículo 2.2 de la Ley de Cobro Judicial determina los títulos que permiten realizar el embargo sobre los bienes del demandado civil, sin necesidad de rendir garantía.

Por su parte, de la Ley de Cobro Judicial interesa el inciso g) del artículo 2.2, que autoriza el embargo sin necesidad de garantía, en toda clase de documentos que, por leyes especiales, tengan fuerza ejecutiva. Dentro de estos se ubica, como ya se indicó, el cheque, al cual el Código de Comercio le otorga ese carácter. En estos casos no se requiere el uso del embargo preventivo, razón por la cual el/la juez(a) penal puede decretar el embargo sin necesidad de exigir garantía al(a) actor(a) civil.

### **3. a.2. Embargo preventivo**

Mientras que la acción civil resarcitoria se presenta en el proceso penal procurando la declaratoria de un derecho, la opción del embargo preventivo es la forma usual de garantizarse la indemnización de los daños y perjuicios, así como las costas del proceso. Es decir, cuando no se cuente con un título que permita directamente el embargo, debe garantizarse dicha medida cautelar.

#### **3. a.2.1. Concepto**

El embargo preventivo es la medida cautelar en virtud de la cual se afectan uno o varios bienes de un(a) presunto(a) deudor(a), quien es o ha de ser demandado(a) en un proceso de conocimiento o de ejecución, con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado de tales procesos (Loutayf y Costas, 2002, pp. 691-692).

Artavia (2003, T II, p. 402) señala sobre esta figura que:

Es la medida cautelar ejecutada por el juez, a solicitud de parte, mediante la cual se inmoviliza, o afecta jurídicamente un bien del demandado, y que tiene como finalidad asegurar la efectividad de una sentencia futura, evitando que el sujeto pasivo —embargado—, distraiga, grave o oculte sus bienes, haciendo ilusorio el resultado del proceso.

Por su parte la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado de definirlo:

[...] El embargo preventivo constituye una medida cautelar que dispone el ordenamiento jurídico en el ámbito del proceso civil que, evitando el "periculum mora", tiende a posibilitar la ejecución de la sentencia de condena y la conservación de los bienes y cosas que deberán ser apreciados por el tribunal con posterioridad. Esta medida

de aseguramiento tiende a crear la certeza necesaria para que el eventual reconocimiento de un derecho en una sentencia definitiva pueda hacerse efectivo. Tal actividad de aseguramiento es indispensable tanto en el proceso civil como en el penal, pero las normas por las que se rige varían según se trate de la jurisdicción que la ordene. Así, en el proceso civil, en virtud del principio constitucional del debido proceso, se debe garantizar la oportunidad de defensa, de dar las razones necesarias y producir las pruebas respectivas, para que nadie pueda ser sentenciado sin juicio legal previo. Este debido proceso es insoslayable, en virtud de ello, es necesario esperar la sentencia definitiva para disponer de las sanciones correspondientes, pero mientras tanto los bienes o cosas afectadas al proceso pueden desaparecer, el deudor provocar insolvencia para no pagar, o disminuir su patrimonio simuladamente para evitar que las consecuencias de la sentencia estimatoria recaigan sobre sus bienes. Para asegurar un resultado efectivo del proceso es que la ley autoriza este tipo de actividad, que consiste en el embargo de bienes del deudor, "en cantidad suficiente para cobrar la suma cobrada más el cincuenta por ciento para intereses y costas" —según lo dispuesto en el artículo 440 del Código Procesal Civil (voto 3613-94 de las 15:33 horas del 19 de julio de 1994).

En similar sentido se ha indicado en el voto 03463-93, de las 14:54 horas, del 20 de julio de 1993

El embargo preventivo consiste en prohibir al demandado, propietario del bien afectado, que disponga del dinero o cosa embargada, no pudiendo entregar a otro, transmitir, enajenar, permutar, ceder, etc., porque dicho bien queda a disposición del juez, como relacionado con un proceso determinado por estar afectado a su resultado. Tal indisponibilidad posibilitará que en el caso de que el actor civil obtenga en sentencia definitiva, el reconocimiento de su calidad de acreedor, y pueda satisfacerse con el dinero embargado o la venta forzosa de la cosa embargada, todo ello con la intervención del juez.

De acuerdo con el artículo 263 del Código Procesal Penal, el/la actor(a) civil podrá pedir el embargo preventivo antes de presentar la acción civil, conjuntamente con esta o bien luego de ese momento procesal. Una vez superada la etapa procesal para formular la acción civil resarcitoria, no sería viable el uso del embargo preventivo, por su íntima relación. Según lo acordado por el artículo 114 del Código Procesal Penal, en delitos de acción pública (art. 16 CPP) o de acción pública a instancia privada (arts. 17 y 18 CPP), la acción civil resarcitoria debe plantearse ante el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, antes de que se formule la acusación. La acusación se tendrá por formulada cuando la causa penal sea entregada al respectivo Juzgado Penal (2003-672, de las 9:50 horas, del 7 de agosto de 2003 y 2006-1266, de las 9:05 horas, del 15 de diciembre de 2006, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). En delitos de acción privada la acción civil debe acompañarse al escrito de querrela (arts. 72 y 74 inciso d íbidem).

### **3. a.2.2. Bienes embargables**

En principio cualquier bien puede ser objeto de embargo, con la condición que pertenezca al(a) demandado(a). En general, lo serán todos los bienes o derechos que estén en el comercio de los/las hombres/mujeres (arts. 629 y 981 Código Civil; 28 de la Constitución Política) susceptibles de apropiación y determinación.

Bajo esta amplitud, son embargables las propiedades; los derechos reales que se constituyen sobre inmuebles o muebles, como la prenda, hipoteca y usufructo; el dinero; el salario en la proporción autorizada por la ley; las cuentas corrientes y de ahorro o similares; los certificados de inversión o similares; acciones u cuotas sociales; las universalidades como una biblioteca; los derechos poseedores sobre cosas, etc. (Artavia, 2003, T II, p. 406).

### 3. a.2.3. Bienes inembargables

Cabe destacar que, atendiendo al principio de unidad del ordenamiento jurídico, algunos bienes resultan inembargables, es decir, no es posible para el/la juez(a) penal autorizar una medida cautelar de este tipo. Dicha inembargabilidad debe contemplarse expresamente en la ley, y debe obedecer a que el bien cumple una función social y esencial para el sujeto, o bien ser producto de un aporte estatal, tal y como se regula en el artículo 984 del Código Civil.

Dentro de los bienes que la legislación costarricense incluye como inembargables tenemos: los bienes o rentas de dominio público —bienes del Estado— (art. 261, 262 del Código Civil; 1 de la Ley General de Administración Pública); la propiedad de la familia afecta a patrimonio familiar, a partir de su inscripción en el Registro Nacional (art. 42 del Código de Familia y votos del Tribunal Primero Civil de San José, en lo sucesivo TPCSJ: 1123-M, del 1-9-98, 1231-M-98; 189-L-99; 1096-R-99; 1370-M-99; 322-L-02); las herramientas, los libros y los utensilios útiles de trabajo o profesión; la ropa, los alimentos, el menaje de casa (art. 984 del Código Civil y 532 del Código de Comercio), salvo que sean bienes suntuosos, o que se tengan en cantidad excesiva (de acuerdo con la jurisprudencia del TPCSJ, son inembargables el horno de microondas -615-R93-; el equipo de cómputo de la casa -888-E-96-).

También tienen ese carácter: los fondos de capitalización y de reserva de pensiones (Ley 7453 del 29 de noviembre de 1994); los derechos sobre tumbas (artículo 2 de la Ley de Tumbas y afines y votos 938-R94; 882-L-03 TPCSJ); el derecho de arrendamiento (art. 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), aunque la renta que se percibe sí es susceptible de embargo; el derecho de uso y habitación, por ser un derecho personalísimo (art. 984 inciso 7 del Código Civil); el salario o las pensiones, cuando no exceden del mínimo fijado por el Decreto respectivo (art. 172 del Código de Trabajo); las prestaciones laborales, como el preaviso, las vacaciones, el aguinaldo y la cesantía (art. 30 del Código de Trabajo); las jubilaciones, las pensiones y los beneficios sociales (art. 984 inciso 2 del Código Civil); las pensiones alimentarias (art. 1 de la Ley de Pensiones y art. 984 inciso 2 del Código Civil); los derechos de la personalidad por ser inalienables —el nombre, la patria potestad, el derecho de acción, etc—; las pólizas de la Sociedad de Seguros de Vida del Magisterio Nacional (art. 507 de ley que lo creó); las placas de taxis (voto 305-R-96 TPCSJ); y los buques salvo por créditos para su operación o por reclamo de daños producidos con ellos. Artavia (2003, T. II pp. 407-408).

Resultan igualmente inembargables: los derechos de una concesión (art. 262 del Código Civil y voto 834-L-96 del Tribunal Primero Civil de San José); una concesión minera (art. 18 del Código de Minería y 533 del Código de Comercio; votos 811-M-91 y 435-L-94 del T.P.C.S.J.); el derecho de ocupación en Zona Marítimo Terrestre (Ley de la Zona Marítimo Terrestre y voto 1041-R-96 TPCSJ); los derechos telefónicos (votos 312-E-96; 1135-L-97 TSPCSJ; 5775-93 y 3067-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia); bienes con limitaciones impuestas a través de los artículos 67 y 68 de la Ley número 2825, del 14 de octubre de 1961, denominada Ley de Tierras y Colonización (voto 1486-E-01 TPCSJ), excepto que ya se haya cancelado la deuda al IDA (voto 350-E-01 TPCSJ); bienes de una sucesión co-demandada dentro de un ejecutivo simple (voto 442-R-97 TPCSJ); bienes afectos

por el artículo 169 de la Ley del Sistema Financiero para la Vivienda (Voto 811-M-96 TPCSJ); los bienes, derechos, licencias o patentes municipales (art. 63 del Código Municipal).

### **3. a.2.4. Garantía en el embargo preventivo**

El artículo 273 del Código Procesal Civil establece la obligación de garantizar los daños y perjuicios que se originen en un embargo preventivo. Dicha garantía puede consistir en un depósito en dinero efectivo o en valores de comercio a la orden del(a) juez(a). En caso de tratarse de dinero efectivo, el depósito será de un veinticinco por ciento de la suma por la cual se pide el embargo; si se utilizan valores de comercio, estos deben cubrir un cincuenta por ciento del monto de la solicitud de embargo. La única forma de librarse de esta garantía es cuando se tiene título ejecutivo, en cuyo caso operaría el embargo simple y no el preventivo.

Artavia (2003, TII. p. 409) critica que se exija un cincuenta por ciento cuando se trata de valores de comercio:

En el estado actual de las transacciones comerciales, un valor de comercio emitido por una institución estatal tiene el mismo valor facial que real. Esa norma se justificaba en tiempos pasados cuando no había igualdad de valor, cuando no existía el desarrollo bursátil que hoy tenemos, y los títulos no tenían tan libre circulación.

Dichos montos tienen como fin garantizar el pago por daños y perjuicios que se le causen al(a) embargado(a) por la afectación de sus bienes y la imposibilidad de disponer de estos. Esa garantía se le girará en forma íntegra al(a) embargado(a) si no se presenta la acción civil resarcitoria dentro del plazo establecido por el artículo 114 del Código Procesal Penal, o bien cuando es declarada sin lugar las pretensiones del(a) actor(a) civil en sentencia (art. 277 del Código Procesal Civil). El/La embargado(a) no debe demostrar la existencia de los daños y perjuicios, estos se presumen y por tal motivo las sumas se le girarán, sin mayor trámite, cuando se den los presupuestos referidos.

En cuanto al(a) embargante, procederá la devolución de la garantía únicamente cuando se acoja su acción civil resarcitoria en sentencia. Cabe cuestionar qué sucede en los casos en que la causa penal no alcanza la fase de juicio y se dicta un sobreseimiento. Salvo en los casos de desistimiento (art. 117 y 118 del Código Procesal Penal), estimamos que debería devolverse la garantía al(a) actor(a) civil, pues no depende de él/ella que la causa alcance ese estado procesal y el principio de accesoriedad impediría que se conozca la acción civil resarcitoria presentada. Al contrario, en el desistimiento tácito equiparable a la deserción del Código Procesal Civil (arts. 212 a 218), o bien en el expreso (desistimiento civil —arts 204 a 211 *Ibidem*—), se castiga a la parte actora civil por no ejercer sus derechos a tiempo, o bien renunciar a la vía. En estos casos la garantía debe ser girada a favor del(a) embargado(a).

## **4. La anotación de la demanda**

A pesar de que no está comprendida dentro de las medidas cautelares reales en el proceso penal, no existe impedimento para utilizar esta figura con la finalidad de asegurar el resultado de la acción civil resarcitoria. Se regula en los artículos 282 del Código Procesal Civil y 468 del Código Civil.

### **4. a. Concepto**

Artavia (2003, TII p. 421) señala que la anotación de la demanda:

Es la medida cautelar que tiene por finalidad, por un lado, dar publicidad registral a la existencia de un proceso, cuya sentencia recaerá o afectará el bien mueble, inmueble o derecho real —a que el objeto del proceso se refiere—; y, por otro lado, tiene como finalidad asegurar los efectos y el resultado de la ejecución de la futura sentencia, es decir, asegura que cuando recaiga sentencia condenatoria, ésta puede ejecutarse en iguales condiciones, las mismas bajo las cuales hubiere podido cumplirse al tiempo en que se inició el proceso judicial.

De acuerdo con lo anterior esta medida cumple dos funciones esenciales, una de publicidad registral y la otra de protección o aseguramiento de la eventual sentencia a favor del actor civil. En todo caso dicha anotación se producirá cuando la pretensión tenga relación con el bien en discusión en el proceso.

En esta misma línea, podemos anotar algunos aspectos sobre diversas pretensiones reales o personales. Por ejemplo, cuando se pide la nulidad de un remate de finca; para declarar derecho de propiedad; para la constitución y extinción de usufructo, uso, servidumbre, copropiedad, habitación; para expropiación, retracto, venta con reserva de dominio, impugnación de adjudicaciones en sucesorio, deslinde, para simulación, acción revocatoria, accesión por incorporación, para anotación del proceso hipotecario y reivindicación (Artavia, 2003, T. II p. 422).

#### **4. b. Condiciones para su aplicación**

Es importante saber que para el uso de esta figura hay varias exigencias. En primer término se establece que la pretensión tenga apariencia de buen derecho y que el proceso tienda a modificar la inscripción de cualquier derecho real a nivel registral.

La apariencia de buen derecho implica que la pretensión tenga por objeto el reclamo de la propiedad del bien, o la constitución, declaración, transmisión, modificación o extinción de un derecho real que se refiere al objeto del proceso (Artavia, 2003, T II, p. 425).

El momento procesal para pedir esta medida cautelar, para nuestros efectos, es con la presentación del escrito de acción civil o bien posteriormente; esto no es posible antes ya que no está autorizado por el artículo 282 del Código Procesal Civil. Además como su propio nombre lo indica, se trata de la anotación de una demanda y no de una que se planteará en el futuro.

El artículo 282 del Código Procesal Civil autoriza la anotación de la demanda en las primeras cuatro hipótesis establecidas por el artículo 468 del Código Civil, a saber:

1. Las demandas sobre la propiedad de bienes inmuebles determinados y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.
2. Las demandas sobre la cancelación o rectificación de asientos de registro.
3. Las demandas sobre declaración de presunción de muerte, incapacidad de administrar y cualquier otra por la cual se trate de modificarse la capacidad civil de las personas en cuando a la libre disposición de sus bienes.
4. El decreto de embargos y secuestro de bienes inmuebles, sin necesidad de practicar la diligencia de secuestro [...]

Ahora bien, tratándose del proceso penal, en cualquier caso en que se discuta la comisión de un hecho delictivo relacionado con una propiedad inmueble y se haya planteado

acción civil resarcitoria, cabrá la anotación de la demanda si se dan los presupuestos estipulados en las dos normas citadas.

De este modo, podemos apuntar que dicha posibilidad también se extiende a bienes muebles registrados, al disponer el artículo 282 del Código Procesal Civil: “En casos análogos a los citados, si se solicitare, la demanda se anotará también en los bienes muebles o derechos reales sobre estos, inscritos en los registros respectivos”. Claro está, en relación con los muebles también rigen las exigencias expuestas para los inmuebles, así en lo esencial debe estarse discutiendo problemas de propiedad sobre dicho bien en el proceso penal, o presentarse las otras hipótesis autorizadas por la ley civil.

## **5. Anotación en causas por accidentes de tránsito**

La Ley de Tránsito por vías Públicas Terrestres n.º 7331, del 13 de abril de 1993, publicada en el Alcance n.º 13 a la Gaceta n.º 76 del 22 de abril de 1993, establece en el artículo 188:

El vehículo con el cual se cause un daño, se mantendrá gravado a resultas del proceso respectivo y a la orden de la autoridad judicial que conozca de éste. Esta autoridad ordenará anotar al margen del asiento de la inscripción del vehículo, en caso de que esté inscrito; si no lo está, ordenará el cierre de fronteras o la detención del vehículo el que puede entregarse en depósito judicial, todo con la finalidad de asegurar las resultas del juicio. La autoridad judicial expedirá el mandamiento para su anotación, inmediatamente después de recibido el parte o la denuncia. El Registro de la Propiedad de Vehículos Automotores anotará el gravamen, tan pronto como reciba el mandamiento y así lo comunicará al tribunal competente, el que debe verificar la anotación, para lo cual llevará un control exacto y detallado [...] El incumplimiento de estas disposiciones se considerará falta grave, por parte de los funcionarios respectivos, quienes serán responsables por los perjuicios que cause la falta de anotación del gravamen, de conformidad con los principios establecidos en la Ley de Administración Pública.

Esta anotación, acordada por una ley especial, resulta de significativa importancia en el proceso penal, sobre todo por la gran cantidad de accidentes de tránsito que se producen en nuestro país, con resultados de muerte y lesiones serias a las víctimas. Si bien es cierto el vehículo no cubrirá normalmente el valor de los daños y perjuicios, al menos representa alguna posibilidad de indemnización para los(as) ofendidos(as). Por supuesto que lo recomendable es el establecimiento de un seguro obligatorio que cubra todos estos eventos.

Dicha anotación representa a la vez una medida cautelar, a decretar de oficio por las autoridades que conozcan la causa, y tiende, conforme se estipula en el artículo citado, a garantizar la reparación del daño que eventualmente se acuerde en sentencia.

## **6. Conclusiones**

En el proceso penal costarricense se autoriza el ejercicio de la acción civil resarcitoria, a efecto de que la víctima pueda discutir su derecho a la restitución del bien o a procurar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, en principio, por la comisión de un hecho delictivo. Por la mayor celeridad del proceso penal sobre el civil, esta posibilidad potencia el respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política.

Sin embargo, la opción de ejercer la acción civil en sede penal no garantiza que la indemnización o la restitución realmente se alcance. Entre la presentación de la acción civil y la firmeza de la sentencia, los(as) demandados(as) civiles pueden distraer los bienes,

ocultándolos o traspasándolos en forma fraudulenta, con la finalidad de evadir su responsabilidad civil.

Así es como surge la necesidad del uso de las medidas cautelares reales típicas y atípicas, cuyo propósito es precisamente garantizar el resultado del proceso, es decir, que la eventual sentencia declaratoria del derecho del(a) actor(a) civil no se convierta en un simple documento imposible de materializar. En tal sentido las medidas cautelares tienden a proteger el principio de tutela judicial efectiva.

Y a pesar de que el Código Procesal Penal solo contempla como medida cautelar el embargo simple y el preventivo (arts. 263 y 264), no existe impedimento para acudir a las medidas cautelares atípicas, reguladas en los artículos 241 a 244 del Código Procesal Civil, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos y requerimientos establecidos en dichas normas y se realicen los ajustes pertinentes a las particularidades del proceso penal.

En cuanto a las medidas cautelares típicas, nos hemos ocupado del embargo y de la anotación de la demanda. Se ha establecido la viabilidad de utilizar tanto el embargo simple como el preventivo. El primero cuando se tenga un título ejecutivo, como por ejemplo un cheque, siendo innecesario en estos casos garantizar el embargo. Sin embargo, lo normal es que no se cuente con dicho título. En tales hipótesis, en que a través de la acción civil se pretende la declaratoria del derecho, debe acudirse al embargo preventivo, siendo necesario rendir una garantía para aquellos casos en que no se formule finalmente la acción civil, sea esta rechazada en sentencia u opere el desistimiento tácito o expreso. Esa garantía cubrirá, en dichos eventos, como monto fijo, las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad impuestas al demandado civil sobre los bienes embargados.

En principio el embargo procede contra cualquier bien que tenga la característica de encontrarse en el comercio de los hombres y las mujeres. Las restricciones o lo que se conoce como inembargabilidad, por constituir una excepción, debe estar prevista en forma expresa en la ley. En este trabajo se han enumerado algunos bienes que no pueden ser objeto de embargo, restricciones que se extienden al proceso penal, por el citado principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como el de igualdad (art. 33 de la Constitución Política).

Otra opción que no requiere embargo ni garantía es la anotación de la demanda en el Registro Nacional sobre bienes inmuebles o muebles, cuando se discuta cuestiones de propiedad sobre estos, a través de la comisión de algún hecho delictivo. Con lo anterior no se evitan los eventuales traspasos de los bienes anotados, pero sí se logra que los nuevos adquirentes tengan conocimiento de la existencia del problema legal, descartándose luego la invocación de la buena fe.

De la misma forma, en los delitos culposos procede la anotación de la causa, aun de oficio, cuando el percance sea producto de una colisión o atropello con un vehículo automotor. Así lo establece el artículo 188 de La Ley de Tránsito por vías Públicas Terrestres n.º. 7331, del 13 de abril de 1993. Ahora bien, aunque el valor del vehículo usualmente no cubre el monto a indemnizar, al menos representa alguna posibilidad en tal sentido para las víctimas.

Finalmente, el embargo y la anotación de la demanda, así como las otras medidas cautelares atípicas, constituyen institutos esenciales para garantizar la efectividad del futuro fallo condenatorio civil. Sin estos la acción civil resarcitoria, en la mayoría de los casos, carecería de sentido, ante la posibilidad de distracción de bienes ya mencionada. La posibilidad de su uso contribuye, en forma sustancial, a la tutela judicial efectiva.



## 7. Bibliografía

Arazi, Roland. (1997). Medidas Cautelares. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Armijo, Gilbert; Llobet, Javier; Rivero, Juan Marcos. (1998). Nuevo Proceso Penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas S.A.

Artavia Barrantes, Sergio. (2003). Derecho Procesal Civil. (2ª y 3ª Edición) Tomos I y II. San José, Editorial Jurídica Dupas.

Brenes Córdoba, Alberto. (1998). Tratado de los contratos. (5ª ed.) San José, Editorial Juricentro.

Calamandrei, Piero. (1984). Providencias cautelares. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

Calderón Cuadrado, María Pía. (1992). Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Madrid, Editorial Civitas.

Castillo Barrantes, J. Enrique. (1992). Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. (2ª ed.). San José, Editorial Juritexto.

Cervantes Villalta, Edgar. (1979). "La acción civil resarcitoria y los efectos del desistimiento". Revista Judicial, n.º 11, marzo, págs. 9-13.

Cordero Morera, Sigifredo y Durán Umaña, José. (1992). Jurisprudencia: acción civil resarcitoria. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Creus, Carlos. Acción reparatoria en el proceso penal. (1990). Buenos Aires, Editorial Astrea.

Chinchilla Calderón, Rosaura. (2001). "La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n.º 19, agosto, págs. 97-105.

Estrada Venegas, Ingrid. (1997). Jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la acción civil resarcitoria. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trota. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros.

Font Serra, Eduardo. (1991). La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal. Madrid, La Ley, S.A.

García de Enterría, Eduardo. (1995). La batalla por las medidas cautelares. (2ª edición) Madrid, Editorial Civitas, S.A.

Garofoli, Roberto y Protto, Mariano. (2002). Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo. Milano, Giuffrè Editore.

Gómez Colomer, Juan Luis. (1985). El proceso penal alemán. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A.

González Álvarez, Daniel. (1984). "La acción civil resarcitoria en la jurisprudencia de la casación penal". Revista Judicial, n.º 28, marzo, págs. 119-143.

Guier Esquivel, Jorge Enrique. (1993). Historia del Derecho. (2ª ed. 4ª reimpresión) San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Hernández Araya, Luis Diego. (1997). Análisis de la eficacia de la cosa juzgada respecto a la acción civil resarcitoria. Tesis de grado en Derecho. San José, Universidad de Costa Rica.

Herrera Castro, Luis Guillermo. (1980). "La acción civil resarcitoria en la nueva legislación procesal penal". Revista Judicial, n.º 17, setiembre, págs. 49-57.

Jinesta Lobo, Ernesto. (1995). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. San José, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica.

Jové, María Ángeles. (1995). Medidas cautelares innominadas en el proceso civil. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A.

Lautayf Ranea, Roberto y Costas, Luis Félix. (2002). La acción civil en sede penal. Buenos Aires, Editorial Astrea.

Llobet Rodríguez, Javier. (2003). Proceso Penal Comentado. (2ª ed.) San José, Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, Javier. (2001). Proceso Penal en la jurisprudencia. Tomos I y II. San José Editorial Jurídica Continental.

Maier, Julio. (1996). Derecho Procesal Penal. Fundamentos. (2ª ed.) Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.

Méndez Zamora, Jorge. (2002). La acción civil resarcitoria en Costa Rica. Guápiles, Editorial El Universo.

Méndez Zamora, Jorge (2008). Ley de Cobro Judicial comentada. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas.

Montano Álvarez, Xinia. (1984). La acción civil. Tesis de grado en Derecho. San José, Universidad de Costa Rica.

Moras Mom, Jorge R. (1996). La acción civil reparatoria y proceso penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Morosi, Guillermo; Pérez Lance, Adrián; Posse, Francisco; Rafecas, Daniel. (1999). "El sistema procesal penal italiano". En: Sistemas Procesales Penales Comparados. Compilador Hendler, Edmundo. Buenos Aires. Ad-Hoc s.r.l.

Núñez, Ricardo. (1982). La acción civil en el proceso penal. Córdoba, Editora Córdoba.

Ortiz Ortiz, Rafael. (2002). El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas. (2ª ed.) Caracas, Editorial Frónesis S.A.

Parajeles Vindas, Gerardo. (2003). Cuadernos de Jurisprudencia. Embargo, inembargabilidad y tercerías. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Porras Villalta, Mario; Salazar Murillo, Ronald; Sanabria Rojas, Rafael. (2003). La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica. San José, Editorial Jurídica Continental, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Ramírez Segura, Mario. (1979). "Aspectos civiles de la acción resarcitoria". Revista Judicial, n.º 12, junio, págs. 39-45.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. (1997). "Los sujetos de la acción civil resarcitoria". San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. (2ª ed.) págs. 379-402.

Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. (2000). Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor.

Sanabria Rojas, Rafael Ángel. (1998). "El desistimiento en la acción civil resarcitoria". Revista Iustitia, n.º 136-137, págs. 40-44.

Vélez Mariconde, Alfredo. (1985). Acción resarcitoria. Córdoba, Editora Córdoba.

Vélez Mariconde, Alfredo. (1982). Derecho Procesal Penal. Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba s.r.l.

Vivas Ussher, Gustavo. (1999). Manual de Derecho Procesal Penal 1 y 2. Córdoba, Argentina, Alveroni Ediciones.

## ***La aplicación de las medidas cautelares civiles en el proceso penal***

***Por Jorge Olaso Álvarez\****

**Sumario.** I. Introducción. II. Las medidas cautelares de carácter “real” en el Código Procesal Penal. III. El embargo como medida cautelar. III. a. ¿Cuándo procede rendir garantía para obtener el embargo preventivo? III. b. Los títulos ejecutivos dentro de la Ley de Cobro Judicial. III. c. El procedimiento de embargo. IV. La anotación de la demanda. V. El arraigo. VI. Conclusión.

### **I.-Introducción**

El tema de la aplicación del derecho civil al penal siempre ha sido un tema espinoso para los operadores del derecho en ambas materias. Y es que quizás por una predilección que obedece a una consecuencia natural de la vida decantamos nuestro interés por alguna de estas ramas. Sin embargo, al igual que sucede con el adagio “todos los caminos se entrecruzan”, no es posible deslindar indefinidamente estas vertientes del conocimiento jurídico. El tema de este ensayo nos llevará a analizar una de esas bifurcaciones del camino en el que el derecho civil y el penal se encuentran y, como sucede como dos personas que tienen mucho tiempo de no verse, comparten experiencias y vivencias. En nuestro caso, a esa vereda del camino la denominaremos “las medidas cautelares civiles” y desarrollaremos cómo puede utilizarse como “vía de acceso” para la presentación de gestiones, de carácter patrimonial, en el derecho penal. Por último, aprovecharé la coyuntura de la entrada en vigencia de la “Ley de Cobro Judicial”, para referirme a ciertas variables introducidas por esa normativa.

### **II.-Las medidas cautelares de carácter “real” en el Código Procesal Penal**

El libro IV del Código Procesal Penal se encuentra totalmente dedicado a las medidas cautelares. No obstante, la normativa realiza una diferenciación interesante entre las medidas de carácter “personal” (prisión preventiva, arresto domiciliario, distintas formas de sometimiento ante el Tribunal, etcétera) y las de carácter “real” (embargo); lo cual llama la atención porque es difícil conceptualizar —en el planeta llamado “derecho civil”— al embargo como una medida “real” no personal, dado que con él se pretende atacar el patrimonio de la persona deudora para hacer efectivo el derecho al crédito de la acreedora (artículo 981 Código Civil)<sup>60</sup>.

---

\* Juez y docente de la Escuela Judicial.

<sup>60</sup> Esta norma establece, en lo que interesa, que todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden por el pago de sus deudas.

Salvada esta diferencia conceptual, podemos afirmar que el Código Procesal Penal dedica muy pocos artículos a la aplicación de medidas de contenido patrimonial, pues tan solo desarrolla el embargo. Específicamente el artículo 263 establece

El actor civil podrá formular la solicitud de embargo en el escrito de constitución o con posterioridad, sin perjuicio de solicitar el embargo preventivo. El embargo será acordado por el tribunal, a petición de parte, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios, y el pago de las costas.

De igual forma, el numeral 264 *ibidem*, dispone “**Con respecto al embargo y a todas sus incidencias, regirán en cuanto sean aplicables las prescripciones del Código Procesal Civil**”. A pesar de esta limitación normativa, es evidente que existen una serie de medidas cautelares, además del embargo, que están reguladas en el Código Procesal Civil y que pueden aplicarse al proceso penal; por ejemplo, el arraigo y la anotación de la demanda. Incluso yo voy más allá y me atrevería a afirmar que este código dispone también una serie de pruebas anticipadas que tienen un contenido distinto al derecho sancionatorio y que podrían aplicarse en la materia penal, ya no para determinar si la acción ilícita se configuró o no, sino más bien para acreditar parámetros que coadyuven a la cuantificación del daño generado por la conducta del imputado y de la imputada.

A continuación, me dedicaré a desarrollar la figura del embargo y las modificaciones introducidas por la “Ley de Cobro Judicial”, para luego dedicarme a otras medidas cautelares, ya no tan “tradicionales”, tales como la anotación de la demanda y el arraigo, etcétera.

### III.- El embargo como medida cautelar

Como lo señalé anteriormente, el Código Procesal Penal dedica dos artículos al embargo como medida de carácter “real”. De previo, al desarrollar el procedimiento en el Procesal Civil, aprovecharé esta oportunidad para aclarar algunas confusiones generadas por la lectura del numeral 263 del Procesal Penal.

La norma en cuestión indica “**El actor civil podrá formular la solicitud de embargo en el escrito de constitución o con posterioridad, sin perjuicio de solicitar el embargo preventivo[...]**”. De la norma se podría extraer que existe una diferencia entre el embargo preventivo y el que se solicita al interponer la acción civil, no obstante, me parece que ello no es así. Veamos el por qué. ¿Podría llegarse a pensar que existe alguna posibilidad de solicitar embargo sin garantizar el porcentaje previsto por el artículo 273 del Código Procesal Civil? Yo pienso que no, aparte de la excepción de que el actor o la actora civil cuenten con un título ejecutivo, siempre que el embargo se solicite de previo a obtener una sentencia firme, se debe garantizar los daños y perjuicios, en el porcentaje del 273. Ello implica que si la persona actora civil pretende ejecutar la sentencia firme que establezca una condenatoria de daños y perjuicios a cargo de la demandada, no es necesario ese depósito (artículo 700 del Código Procesal Civil que se aplicaría supletoriamente, conforme al 263 del Procesal Penal).

Una vez aclarado este punto, que me parece ser de vital importancia, procederé ahora a analizar el procedimiento del embargo, a partir de la necesidad o no de rendir garantía para su aplicación.

#### III. a.- ¿Cuándo procede rendir garantía para obtener el embargo preventivo?

Anteriormente indiqué que el embargo que se solicita de previo a obtener una resolución firme en el proceso debe ser conceptualizado como un embargo de naturaleza

“preventiva”, por lo que en esa tesis siempre habría que rendir una garantía al solicitarlo. Todo ello salvo excepciones, como la que establece el incidente de cobro de honorarios profesionales en el que el abogado o la abogada no debe garantizar para obtener un embargo sobre el patrimonio de su cliente (artículo 236 del Código Procesal Civil). Ahora bien, el numeral 273 *ibídem* también establece otra excepción como lo es el hecho de que la persona acreedora tenga un título ejecutivo a su favor, lo cual analizaré posteriormente.

Entonces, salvo esas dos excepciones, la persona que pretenda un embargo preventivo debe garantizar esa gestión, ya sea con dinero en efectivo o con valores de comercio. En el primer supuesto, deberá depositar el veinticinco por ciento de la suma por la que pretende el embargo y, en el segundo, los valores de comercio deben al menos cubrir el cincuenta por ciento del monto que se solicita embargar. Este porcentaje lo determina el órgano jurisdiccional, de acuerdo con el valor que tengan en plaza, cuyos datos podrá obtener extrajudicialmente (segundo párrafo del 273).

Ahora bien, es obvio suponer que el depósito de dinero o de valores de comercio no ofrece mayor dificultad en materia penal, simplemente, se debe verificar el monto del embargo pretendido y que el depósito corresponda a esa suma. Lo contrario sucede cuando la parte actora civil pretende el embargo con fundamento a un “título ejecutivo”, puesto que ello conlleva el determinar si el documento aportado cumple con los requisitos de ejecutividad establecidos en el ordenamiento.

En consecuencia, no dudo en afirmar que esto genera problemas, dado que se trata de interpretar normas que no resultan ser de aplicación cotidiana por los tribunales penales y que, aun en el campo de los despachos civiles, están sujetas a distintos criterios de interpretación por parte de los juzgadores y de las juzgadas. Esta dificultad aumenta si tomamos en consideración que hace muy poco tiempo entró en vigencia la “Ley de Cobro Judicial” que vino a reformar gran parte del proceso cobratorio regulado en el Código Procesal Civil.

### **III. b.- Los títulos ejecutivos dentro de la Ley de Cobro Judicial**

El primer escollo que debe sortear el tribunal penal consiste en determinar si los documentos que le ofrecen al solicitar el embargo pueden ser identificados como títulos ejecutivos, para lo que, *prima facie*, debe remitirse al texto del artículo 2.2 de la Ley de Cobro Judicial —de ahora en adelante la identificaré como LCJ— y ya no al numeral 438 del CPC.

Dispone el artículo 2.2 de la LCJ que uno de los requisitos esenciales del título ejecutivo consiste en que de él debe extraerse la existencia de una obligación dineraria, líquida y exigible. A partir de ahí tenemos una lista taxativa que ha generado diversas interpretaciones. Veamos el por qué.

El inciso a) de este artículo establece que tendrá esa condición “[...] *el testimonio de una escritura pública, no inscribible, debidamente expedida y autorizada, o la certificación de ese testimonio*”. Debemos aclarar que se trata de un documento notarial que cumple con todas las formalidades establecidas por la legislación notarial, pero que no se encuentra inscrito, ya sea porque ni siquiera se ha presentado al Registro respectivo, o bien porque el acto jurídico o contrato no es de aquellos que requiera inscripción. Tratemos de aclarar esto. En principio, los títulos ejecutivos solo pueden ser establecidos por la ley y no por las partes, pero aquí estamos ante un documento confeccionado por las personas que comparecen ante un notario o una notaria y que, por acuerdo de voluntades, deciden otorgarle el carácter de título ejecutivo. O sea, se les permite a las personas comparecientes darle condición de título ejecutivo a un acto o convenio, en caso de que una de las partes lo incumpla.

Un ejemplo de ello es en el que Ana y Mario acuden ante un cartulario con la finalidad de plasmar un contrato de compraventa a plazos, en el que la primera le venderá al segundo una lavadora. En el supuesto de que Mario incumpla con los pagos en la forma pactada, se establece que el contrato tendrá naturaleza de título ejecutivo. Nótese que aquí tenemos todos los requisitos establecidos en el inciso a), o sea, un documento no inscribible —la compraventa de una lavadora no se pueda inscribir en el Registro Público—, pero emitido por un notario o una notaria. Ahora bien, el concepto de “no inscribible” no solo se refiere a negocios que, por su naturaleza, no pueden inscribirse —compraventa de una lavadora o de una obra de arte—; sino que, a mi criterio, también incluye negocios que sí son inscribibles como la compraventa de un inmueble o de un vehículo, pero que son calificados por el Registro con un defecto que impide su inscripción, no perdiendo aun así el carácter de título ejecutivo que las partes le concedieron.

No obstante, esta norma no es nueva, ya estaba contenida en el inciso a) del artículo 438 del Código Procesal Civil. No obstante, siempre ha generado criterios encontrados de parte de la jurisprudencia civil. Me parece importante su comentario, dado que el órgano jurisdiccional en materia penal debe tener cuidado, pues en la mayoría de los casos se parte de la premisa de que el documento en la solicitud de embargo será siempre un pagaré o una letra de cambio, pero aquí este inciso a) del numeral 2.2 de la LCJ permite a las partes constituir títulos ejecutivos.

El inciso b) del numeral 2.2 dispone que las certificaciones de escrituras públicas, aquí sí *debidamente inscritas* tendrán la condición de títulos ejecutivos. Para mí, la única diferencia entre este inciso y el anterior radica en que el documento notarial en este caso está inscrito.

El inciso c) dispone que los documentos privados, reconocidos judicialmente, también tienen carácter de ejecutividad. En materia civil, los documentos privados y los públicos difieren en dos aspectos, dado que los privados carecen de la autenticidad y de la fecha cierta que tienen los públicos. No obstante, esas características pueden ser adquiridas cuando la persona que emitió el documento lo reconoce en sede judicial, o bien no comparece a la diligencia y es reconocido en rebeldía. Tales formas de reconocimiento provocan también que el documento adquiera fuerza ejecutiva, siempre y cuando, en él conste una deuda dineraria líquida y exigible.

La confesión judicial ofrece un medio para que la persona compareciente reconozca una obligación dineraria líquida o exigible, o bien ante no comparecencia se genera ese efecto por la rebeldía. También de las dos formas se produce la ejecutividad de la deuda plasmada en el acta de recepción de esa prueba. El inciso d) del artículo 2.2 de la LCJ prevé este supuesto.

El inciso e) establece que también son títulos ejecutivos, las resoluciones judiciales firmes que dispongan la obligación de pagar una suma de dinero, cuando no proceda el cobro en el mismo proceso. Acá la norma se refiere a los procesos de ejecución de sentencia (artículos 692 y siguientes del Código Procesal Civil).

El inciso f) regula que las hipotecas y las prendas no inscritas tienen el carácter de título ejecutivo. Por último, el inciso g) nos amplía la lista al disponer que también son títulos ejecutivos los establecidos por leyes especiales. Aquí entra el pagaré, la letra de cambio, el cheque, las certificaciones de deudas municipales, etcétera. Es aquí donde la persona juzgadora requiere tener un conocimiento general de las normas que integran el ordenamiento.

Una vez que hemos analizado la norma que contiene la lista de títulos ejecutivos en la Ley de Cobro Judicial, continuaremos ahora examinando el procedimiento del embargo, una vez superado el requisito previo del depósito o en su caso del aporte del título ejecutivo.

### III. c.- El procedimiento de embargo

El numeral 18.1 de la LCJ establece que, una vez determinada la existencia de una deuda dineraria, líquida y exigible, se decretará embargo sobre los bienes de la parte deudora —demandada civil—. Dicho embargo se decretará por la suma pretendida por la parte actora civil. Luego de esto, se nombrará a un funcionario ejecutor o a una funcionaria ejecutora para que practique, materialmente, el embargo, de previo a lo cual debe fijársele sus honorarios, los cuales deben ser cancelados DIRECTAMENTE por la parte interesada (artículo 18.2). Esta norma merece un especial comentario, dado que, antes de esta reforma los honorarios debían ser depositados y girados por el despacho judicial.

El juzgador o la juzgadora deben verificar que la persona ejecutora practique embargo sobre los bienes, legalmente embargables de la parte demandada o deudora; para ello es importante aplicar el artículo 984 del Código Civil. Dicha norma establece:

No pueden perseguirse, por ningún acreedor, y en consecuencia no podrán ser embargados ni secuestrados en forma alguna:

- 1) Los sueldos, en la parte que el Código de Trabajo los declare inembargables.
- 2) Las jubilaciones, pensiones y beneficios sociales del deudor y las pensiones alimenticias.
- 3) El menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesarios para uso personal de él, de su cónyuge y de los hijos dependientes que con él vivan.
- 4) Los libros, máquinas y útiles necesarios para la profesión u oficio del deudor.
- 5) Los útiles e instrumentos del artesano o agricultor, en cuanto sean necesarios para su trabajo individual y el de los hijos que mantiene.
- 6) Los alimentos que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de su familia durante un mes.
- 7) Los derechos puramente personales como el de uso y habitación y cualesquiera otros bienes que el deudor haya adquirido a título gratuito bajo la condición de que no pueden ser perseguidos por deuda, salvo las mejoras que provengan de su industria.

No obstante, los bienes indicados en los incisos 3), 4), y 5), pueden ser perseguidos por el respectivo acreedor prendario, siempre que el contrato de prenda se encuentre debidamente inscrito; pero los indicados en el inciso 3) sólo podrán perseguirse por el precio de su adquisición cuando éste se hubiere efectuado a plazo. (Así reformado por el artículo 1º de la Ley Nº 6159 de 25 de noviembre de 1977).

En aplicación de esta norma, la persona juzgadora debe verificar si los bienes embargados por el ejecutor o la ejecutora se encuentran en dicha lista, ya que de ser así debe proceder a levantar el embargo; para lo cual, el ejecutor deberá nombrar a una persona como depositaria judicial de los bienes. No obstante, la norma establece una serie de directrices para nombrar a esa persona: Primeramente, las partes tienen la posibilidad de elegirla por acuerdo entre ellas pero, de no darse ese convenio, se nombrará a quien tenga la posesión de los bienes. Por último, en caso de que exista abandono de los bienes, peligro de deterioro, pérdida, ocultación o cualquier otra circunstancia; se podrá nombrar como depositario o depositaria al acreedor o acreedora o un tercero o tercera.

Al depositario o a la depositaria se le deberán advertir sus obligaciones legales, entre las cuales tenemos las siguientes:

- a) No puede hacer uso de la cosa depositada (artículo 1348 del Código Civil).
- b) Debe guardar y conservar el bien depositado, con la diligencia debida (artículo 1349 ibídem).
- c) Debe restituir la cosa depositada cuando se le ordene (artículo 1351 ibídem).
- d) En caso de ser perturbado en su posesión o despojado de la cosa debe comunicárselo al órgano jurisdiccional (1355 ibídem).
- e) Solo se puede renunciar al nombramiento alegando justa causa (1364 ibídem).

También la persona depositaria está obligada a señalar medio para atender notificaciones (artículo 18.2 LCJ).

En el supuesto de que lo embargado sea: sueldos, rentas, depósitos, cuentas, títulos o ingresos periódicos; el órgano jurisdiccional está en la obligación de comunicar mediante oficio o por medios tecnológicos dicho embargo. De igual forma debe advertírsele al funcionario o a la funcionaria que debe practicar el embargo (por ejemplo el jefe o la jefa de recursos humanos, el o la gerente de la empresa o el empleador o la empleadora) que en su función debe practicar el embargo y depositar, de inmediato, las sumas o los bienes, bajo pena de desobediencia a la autoridad (18.2 ibídem).

Como otra novedad interesante, la LCJ establece que, tratándose de bienes o derechos registrados, el órgano jurisdiccional deberá anotarlos *directamente* en el registro respectivo, por medios tecnológicos y solo en caso de imposibilidad, remitirá mandamiento para que sea el Registro el que haga la anotación.

Dicho embargo se tendrá por efectuado con la anotación y afectará a los o las embargantes y anotantes posteriores, a quienes no será necesario notificarles. En tales supuestos, la práctica material del embargo será optativa, a juicio del o de la ejecutante. No es necesario practicar varios embargos si ya el bien ha sido embargado con anterioridad. Para tener por practicado el embargo posterior, bastará comunicar el decreto de embargo al tribunal que lo decretó primero. En el supuesto de bienes registrados es necesario, además, comunicar los embargos posteriores al registro respectivo.

El numeral 18.3 LCJ establece lo relativo a los embargos de bienes productivos. En este caso, la parte accionada puede solicitar, al tribunal, la autorización para utilizarlos en la actividad a la que estén destinados. Esta misma norma incluye un supuesto que ha generado una serie de críticas, por lo menos de parte de las personas profesionales en derecho mercantil. Y es que en ella se establece la posibilidad de embargar “*una empresa*” o “*grupo de empresas*”, recordemos que el concepto de empresa resulta ser jurídicamente indeterminado, dado que se han desarrollado diversas teorías acerca de los elementos que la integran. De ahí que resulta difícil en la práctica determinar cuáles son los elementos que la conforman y que pueden ser objeto de secuestro.

También pueden ser embargadas las acciones o las participaciones que representen la mayoría del capital social del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a una empresa o adscritos a su explotación, podrá constituirse una administración, según la modalidad que determine el tribunal.

En el caso de que lo embargado sea dinero, se procederá a su depósito inmediato (18.4 LCJ). Resulta permitida la venta anticipada de los bienes embargados, previa solicitud de la parte o del depositario o de la depositaria judicial; el tribunal podrá ordenar la venta

anticipada de bienes embargados, cuando exista peligro de que estos puedan desaparecer, desmejorarse, perder su valor o sean de difícil o costosa conservación. Para tal efecto, se tomará como base el valor en plaza, de comercio o en bolsa (artículo 18.5 LCJ).

Una vez decretado el embargo, puede ampliarse o reducirse cuando haya insuficiencia o exceso de bienes embargados. La ampliación se ordenará a petición del acreedor o de la acreedora. Para resolver sobre la reducción, se seguirá el procedimiento incidental (incidente de reducción de embargo). Por ende, los bienes embargados pueden ser sustituidos por otros, siempre y cuando exista consentimiento del o de la embargante. Además, el embargo puede ser levantado, depositando la totalidad de lo debido, en el momento de hacer la solicitud (artículo 18.6 LCJ).

Por último, el embargo puede ser levantado por una persona afectada sin promover tercería de dominio; para ello, adjuntará la documentación exigida para esta última. De la solicitud se dará traslado, por tres días, al o a la embargante y, de seguido, el tribunal resolverá sin ulterior trámite. Si se deniega el levantamiento, el interesado o la interesada podrán interponer la tercería.

#### **IV.- La anotación de la demanda**

La segunda medida cautelar a la cual se recurre por excelencia es la anotación de la demanda, precisamente porque a diferencia del embargo no se requiere efectuar un depósito para garantizar su procedencia. Sin embargo, únicamente es procedente en ciertos supuestos establecidos en los cuatro primeros incisos del numeral 468 del Código Civil. En este sentido, el artículo 282 del Código Procesal Civil establece:

Si el actor de la demanda comprendida en los primeros cuatro incisos del artículo 468 del Código Civil, pidiere la anotación provisional de ella, el juez, inmediatamente después de recibir la solicitud, dirigirá un mandamiento al Registro Público, para que practique la anotación respectiva.

El mandamiento contendrá el nombre, los apellidos y el documento de identificación del actor y el demandado, así como las citas de inscripción de la finca o el derecho real de que se trate.

Practicada la anotación, a partir de la presentación del mandamiento, la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre la cosa se entenderá hecha sin perjuicio del acreedor anotante.

En casos análogos a los citados, si se solicitare, la demanda se anotará también en los bienes muebles o derechos reales sobre estos, inscritos en los registros respectivos.

(Así reformado por el artículo 180 del Código Notarial No.7764 de 17 de abril de 1998).

Los cuatro primeros incisos del numeral 468 del Código Civil señalan que se anotará provisionalmente:

1.- Las demandas sobre la propiedad de bienes inmuebles determinados y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.

2.- Las demandas sobre cancelación o rectificación de asientos de registro.

- 3.- Las demandas sobre declaración de presunción de muerte, incapacidad de administrar y cualquier otra por la cual se trate de modificar la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.
- 4.- El decreto de embargos y secuestro de bienes inmuebles, sin necesidad de practicar la diligencia de secuestro [...]

De la lectura de esos cuatro incisos se desprende que la anotación de la demanda no es procedente en todos los casos, sino que solamente en esos supuestos. Así por ejemplo, será factible anotar la demanda sobre la finca en el caso de que exista un proceso penal, con acción civil resarcitoria ya planteada, por el delito de usurpación, dado que nos encontraríamos ante el primer supuesto del 468. No obstante, no sería factible ordenar la anotación de la demanda sobre un inmueble, propiedad del demandado o de la demandada civil, cuando lo que ventila es un proceso por lesiones culposas, ya que no se encuentra en ninguno de los cuatro incisos del 468.

## **V.- El arraigo**

La aplicación del arraigo en materia penal es muy reducida, pienso yo, porque se desconocen realmente sus efectos procesales. Esta figura está regulada en los artículos 267 a 271 del Código Procesal Civil.

El arraigo se aplica cuando existe un temor de que un futuro demandado o una futura demandada civil se ausente u oculte (artículo 267). Por esta razón, su finalidad no es impedir que una persona abandone el país, sino que se le apercibe a la persona que, de previo a abandonar el territorio nacional, debe nombrar un apoderado o una apoderada, con facultades suficientes para representarlo o representarla en el proceso (artículo 268); bajo pena de que, si incumple la prevención, será condenada, sin más trámite, de acuerdo con el tenor de la demanda, al pago de las costas personales y procesales (artículo 270). En otras palabras, la finalidad del arraigo es que la persona demandada que está a punto de salir del país, deje un apoderado o una apoderada a la cual se le pueda notificar la acción establecida contra su poderdante.

Evidentemente en materia penal el arraigo resulta ser innecesario con respecto a la persona imputada, dado que en la mayoría de los casos debe estar sometida al proceso, so pena de declararla en estado rebeldía. No obstante, recordemos que la acción civil resarcitoria puede ser dirigida contra personas que intervienen en el proceso, no en condición de imputados o imputadas, sino como demandados o demandadas solidariamente responsables. Por ejemplo, si en el caso de un homicidio culposo se dirige la acción civil resarcitoria no solo contra la persona encartada, sino también contra el propietario o la propietaria registral. En el caso de este último, sí se podría aplicar todos los supuestos que prevé el arraigo, con la finalidad de notificarle al mandatario o a la mandataria el establecimiento de la acción civil. Véase que de lo contrario, en caso de que el propietario o la propietaria registral no fuera localizable para notificarle la acción civil, habría que incurrir en los gastos que genera el nombramiento de una persona como curadora procesal y la publicación de edictos (artículo 262 del Código Procesal Civil).

## **VI.- Conclusión.**

A modo de conclusión, podemos indicar que es necesario impulsar la implementación de medidas cautelares civiles en materia penal, puesto que este último no solo radica en la aplicación de un derecho sancionatorio; sino que muchas veces se deja de

lado que la “acción civil resarcitoria” constituye una demanda con pretensiones de eminente naturaleza patrimonial, por lo que, resultan de aplicación todas aquellas medidas tendientes a asegurar el resarcimiento del daño causado.

## ***Desestimación, sobreseimiento y disconformidad (en las etapas previas al debate)***

***Por Rosaura Chinchilla Calderón\****

Los tres temas que, a solicitud de la Escuela Judicial, me propongo desarrollar tienen en común la escasa regulación que de ellos ha efectuado el articulado del Código Procesal Penal vigente, lo que lleva aparejado un tratamiento jurisprudencial, en sede de casación, también exiguo habida cuenta; además, generalmente estas decisiones no llegan a conocimiento de ese órgano decisor y resulta prácticamente imposible evaluar su aplicación en sede de apelación ante la inexistencia de registros estadísticos o documentales de fácil acceso de ese tipo de resoluciones y la pluralidad de órganos competentes para su conocimiento.

Tanto la desestimación como el **sobreseimiento**<sup>61</sup> (Aquí debería comenzar con la cita número 1 y no corrida) son actos conclusivos pero, mientras ambos pueden serlo de la etapa preparatoria, solo el sobreseimiento puede considerarse acto conclusivo de la etapa intermedia. Esto quiere decir que el Ministerio Público puede cerrar la etapa preparatoria o investigativa solicitando una desestimación o sobreseimiento, pero no es posible que el/la fiscal(a) formule una acusación y, una vez efectuada la audiencia preliminar, opte por la desestimación, aunque sí puede hacerlo por el sobreseimiento. Ambos institutos parten de la inexistencia de delito (o que, siéndolo, no lo haya cometido la persona encartada), presupuesto radicalmente diferente al de la formulación de una acusación que supone la probabilidad de comisión del hecho delictivo de parte de quien se acusa.<sup>62</sup> Es cierto, de igual forma, que una vez formulada la acusación y recibida alguna prueba o valorada esta por el/la juez(a), puede considerarse que esa probabilidad no se da. Pero no podría, por ese hecho, decretarse una desestimación como conclusión del procedimiento intermedio surgido ante la existencia de una acusación, pues esta supone que deba existir una indagatoria al(a) encartado(a)<sup>63</sup>; lo que exige que su situación jurídica sea resuelta en forma definitiva mediante

---

\* Jueza de casación y docente universitaria.

<sup>61</sup> Aunque cabe dictar sobreseimiento en etapa de debate, dado que este artículo se enmarca en un estudio de las dos primeras etapas, no nos referiremos a esa situación. Por lo demás, es obvio que no cabe dictar, en esa fase, una desestimación de la denuncia. Solo cabe el desistimiento tácito de la querrela o de la demanda civil, sin que esté previsto el desistimiento de la acusación fiscal por pedido de absolutoria del Ministerio Público, por lo que no pueden aplicarse estos mismos efectos (sujetar al(a) juzgador(a) a esa petitoria) pues el/la funcionario(a) público(a) solo puede efectuar aquello que el ordenamiento le posibilita (principio de legalidad). Ergo, si el/la juez(a) no está autorizado por la ley para, ante pedido de absolución fiscal, estimar desistida expresamente la acusación, está sujeto(a) a los principios constitucionales de imparcialidad e independencia que le obligan a resolver en definitiva la causa, según los elementos extraídos del debate y pese a la petitoria fiscal.

<sup>62</sup> Así el artículo 303 del Código Procesal Penal.

<sup>63</sup> Artículos 300 párrafo tercero y 309 del Código Procesal Penal.

un pronunciamiento con carácter de cosa juzgada material, del que carece la desestimación pues el proceso puede volverse a abrir cuantas veces se quiera.<sup>64</sup>

El artículo 299 párrafo primero del Código Procesal Penal, que se ubica en el capítulo III de Conclusión del Procedimiento Intermedio, señala: "*Cuando el Ministerio Público o el querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrán requerir la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional*". Si hay una solicitud (fundamentada)<sup>65</sup> de desestimación o de sobreseimiento, ya sea provisional<sup>66</sup> o definitiva, debe ser examinada por el/la juez(a) de la etapa intermedia, quien no está exento(a) de hacer su propia motivación analizando —y no simplemente citando, la mayoría de los casos mediante una transcripción— los argumentos dados, pues el artículo 142 del Código Procesal Penal señala:

[...] **a simple relación de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación.** Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba [...]

Inclusive la Sala de Casación, para supuestos diferentes a este pero cuyo pronunciamiento, a mi juicio, resulta aplicable por existir paridad de razón al estar involucrados derechos constitucionales (debido proceso), ha indicado que, en el caso del allanamiento, no basta que el/la juez(a) penal se limite a transcribir la motivación fiscal, sino que ha de analizarla:

[...] los suscritos **no avalan las resoluciones en las que los Jueces simplemente sustituyen sus propias valoraciones con una remisión a la solicitud de las partes.** Lo que se exige [...] es que los Juzgadores cumplan con la obligación de analizar la solicitud y consignar las razones por las que las consideran apropiadas. Al respecto, no pueden dictarse reglas. Lo que sí debe quedar claro es, que la Sala ni pretende que el Juez [...] escriba nuevamente, con sus propias palabras, la relación de hechos que menciona la solicitud [...] o bien que ofrezca justificaciones adicionales para practicar la diligencia, si es que no hay más que las indicadas en la gestión de la parte. Lo único que se espera es, que se cumpla con el artículo 142 del Código Procesal Penal y como consecuencia, que el Juez manifieste de manera expresa y con la extensión requerida, por qué hace suyos los argumentos expuestos en la solicitud [...].<sup>67</sup>

Ese análisis debe darse de manera inmediata a la solicitud siempre que esa petición sea única pues, de no serlo, es decir, de mediar querrela, se debe proceder a convocar a una

---

<sup>64</sup> Ver artículo 282 párrafo segundo del Código Procesal Penal. Aunque también en el archivo fiscal la causa se puede volver a reabrir, la diferencia entre este y la desestimación es que en esta última sí está individualizado(a) el/la imputado(a), mas no en el primero: artículo 298 del Código Procesal Penal.

<sup>65</sup> Pues así lo exige el artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

<sup>66</sup> Por la necesidad de recabar más pruebas que han de puntualizarse.

<sup>67</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 165-05 de las 09:30 hrs. del 11 de marzo de 2005 (el destacado y subrayado es del original).

audiencia preliminar para analizar, mediante sus propios principios (oralidad, inmediación, concentración, contradictorio, posibilidad de recepción de prueba, etc.) ambas gestiones: la del(a) fiscal(a) y la de la víctima/querellante. Así lo sostiene el artículo 310 del Código Procesal Penal<sup>68</sup> (ubicado en el Título II Procedimiento intermedio), lo que tiene íntima relación con el artículo 316 de la normativa procesal penal.<sup>69</sup> En cualquiera de los dos casos, es decir, si hay única solicitud fiscal de desestimación<sup>70</sup> o sobreseimiento<sup>71</sup> o si esta concurre con una querrela, le corresponde al(a) juez(a) examinar la o las solicitudes en dos aspectos: **a)**- los factores procesales y, específicamente, su correlato probatorio y **b)**- los componentes de la teoría del delito, aun partiendo de la descripción de hechos efectuada por el/la acusador(a) pues hay muchos casos en que, sin considerar la prueba, se determina que la hipótesis fáctica que se hace en una acusación implica afirmar la atipicidad de la conducta, que esta fue justificada, que el/la encartado(a) es inimputable, que existe alguna excusa legal absolutoria, etc.

Por ello es que todo(a) juez(a), al pronunciarse sobre esas gestiones, debe hacer un análisis amplio y pormenorizado de la Teoría del Delito pero, también, ese estudio no puede ser realizado en abstracto pues aunque ello pueda hacerse en algunos supuestos (asumiendo hipotéticamente los hechos descritos por la parte acusadora); otros requieren la valoración de prueba, aun oral, que solo puede ser recibida directamente por el/la juez(a), gracias a los principios que rigen su actuación en las audiencias que ha de celebrar para conocer de dichas gestiones.

Surge, entonces, la necesidad de romper con un mito que impera en nuestro medio y es el considerar que los(as) jueces(zas) penales<sup>72</sup> no valoran o no evacuan prueba. Esa

---

<sup>68</sup> "Cuando únicamente se formulen requerimientos o solicitudes diversos a la acusación o a la querrela, el tribunal del procedimiento intermedio resolverá sin sustanciación lo que corresponda, salvo disposición en contrario o que estime indispensable realizar la audiencia preliminar, en cuyo caso convocará a las partes".

<sup>69</sup> "Cuando se formule la acusación o la querrela, aún cuando existan también otras solicitudes o requerimientos, el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes [...] En la misma resolución, convocará a las partes a una audiencia oral y privada [...]" (el destacado es suplido).

<sup>70</sup> Indica el artículo 282 del Código Procesal Penal, único que regula la desestimación: "Cuando el hecho denunciado no constituya delito o no sea posible proceder, el Ministerio Público solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio, mediante requerimiento fundado, la desestimación de la denuncia, **la querrela** o las actuaciones policiales. La desestimación no impedirá reabrir el procedimiento cuando nuevas circunstancias así lo exijan, ni eximirá al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora. La resolución que admite la desestimación se comunicará a la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada del resultado del procedimiento y será apelable por la víctima, el querellante, el actor civil y el Ministerio Público" (el destacado es suplido).

<sup>71</sup> El numeral 311 inciso a) del Código Procesal Penal señala: "El sobreseimiento definitivo procederá cuando: a) El hecho denunciado no se realizó o no fue cometido por el imputado. b) El hecho no esté adecuado a una figura penal. c) Medie una causa de justificación o inculpabilidad. d) La acción penal se ha extinguido [...]" El numeral 314 *ibídem* sostiene que si hubo duda (sobre esos elementos) y no se evacuó prueba dentro del año procede el sobreseimiento definitivo. La fórmula del numeral 311 citado, pese a ser más extensa y descriptiva, es la misma del 282 *ibídem* recién citada pues si la acción penal está prescrita, si el hecho es atípico, justificado o hay falta de culpabilidad o el imputado no lo efectuó, él no habrá cometido "ningún delito" desde que delito presupone una conducta típica, antijurídica, culpable y punible y respecto a la que se pueda proceder por existir posibilidad estatal de persecución contra una persona en particular.

<sup>72</sup> Dígase de la etapa preparatoria o intermedia; adultos o penales juveniles, con la advertencia de que en esta materia existe un problema adicional y es que todas esas fases están recargadas en un(a) mismo(a) funcionario(a)

consideración, casi dogma de fe, surgió ante el temor que tenían los redactores del actual Código Procesal Penal (magistrados y posteriores comentaristas de sus normas) de que el sistema derivara hacia lo que había sido el anterior: una etapa "instructiva" en donde se reproducía —por escrito— la prueba y que, producto de los múltiples recursos y resoluciones que contra ellas se posibilitan, hacía que la mayoría de las causas fenecieran sin llegar a la etapa "normal" del proceso que era el debate.

Por ello en las capacitaciones, comentándose el artículo 318, párrafos quinto y sexto del Código Procesal Penal,<sup>73</sup> se insistía en que solo excepcionalmente se recibiría prueba oral en la etapa intermedia. No obstante, ello no es acorde con los poderes del(a) juez(a) de la etapa intermedia: si un(a) testigo declara sobre el hecho de que una muerte se produjo en legítima defensa, aunque esa cuestión puede ser propia del juicio oral, también lo es de la etapa preparatoria o intermedia para determinar si hay o no delito, y ese es un caso donde el/la juez(a) debe recibir la prueba en la audiencia oral. Lo que no debe perderse de vista es que esa prueba debe ser valorada y que, en caso de llegarse a la etapa de juicio, debe reproducirse nuevamente allí, pues la declaración (tal y como ocurre con la prueba para medidas cautelares) tiene una eficacia limitada a la etapa para la que se ofrece. Así lo entendió, sin embargo, uno de los redactores del articulado al citar y comentar:

[...] las tendencias modernas son las de posibilitar al imputado que incorpore medios de prueba durante esta etapa [intermedia] para acreditar los extremos que provoquen la paralización de la acción, que acrediten su falta de fundamento o, al menos, que logren una modificación de la imputación (Ordenanza Procesal Penal alemana...Art. 210; Código italiano Art. 422; Código Procesal penal modelo para Iberoamérica...Art. 274) (cita de ÁLVAREZ, Alejandro. El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público. En: El Nuevo Código procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 158) En esa misma línea se apunta el código costarricense, al permitir esa actividad probatoria pero que no tiene ninguna trascendencia para el juicio. Se trata de elementos probatorios que se reciben en forma oral [...] alguna referencia a la prueba debe hacer el juez del procedimiento intermedio, sobre todo si con base en ella dicta el sobreseimiento, para que cumpla con el deber de fundamentación y además para que pueda controlarse ante el superior, en caso de apelación, el respeto a las reglas de la sana crítica.<sup>74</sup>

---

que, por ello, adelanta criterio y compromete el principio de imparcialidad si continuara con el conocimiento de la causa, lo que ya he criticado en otras ocasiones. (Cfr.: CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. *"Debido proceso y proceso penal juvenil"*. En: CHAN MORA, CHINCHILLA CALDERÓN Y GARCÍA AGUILAR. *Violación de derechos fundamentales y criminalización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1ª edición, 2003, pp. 268-270.

<sup>73</sup> Que disponen: "Cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario para su resolución, dispondrá la producción de prueba, salvo que esta deba ser recibida en el juicio oral. El tribunal evitará que, en la audiencia, se discutan cuestiones que son propias del juicio oral".

<sup>74</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *Procedimiento intermedio*. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1996, p. 631.

Evidentemente hay que tener mesura y no se trata de efectuar un mini-juicio en esa etapa, sino solo evacuar aquellos elementos probatorios imprescindibles o claves para pronunciarse sobre la petición de sobreseimiento de una parte, por ejemplo.

Ahora bien, el/la juez(a) puede resolver con lo planteado si va a recibir prueba o puede, en caso de estar disconforme con la solicitud única de desestimación o sobreseimiento que se le hizo, formular la disconformidad que está regulada por el artículo 302 del Código Procesal Penal.<sup>75</sup> Una norma similar existía en el Código de Procedimientos Penales derogado<sup>76</sup> y, sobre ella, la Sala Constitucional declaró su constitucionalidad.<sup>77</sup> Evidentemente el simple traslape de normas de un código marcadamente inquisitivo como el derogado<sup>78</sup>, a uno pretendidamente acusatorio, ha marcado no pocos problemas. Entre ellos:

**a)-** Estimar si, como dicen algunos(as), esa posibilidad de “desconformar” del(a) juez(a) viola el principio acusatorio pues el/la juez(a) le “enmienda la plana” —aunque no en forma definitiva— a quien tiene monopolio<sup>79</sup> de la acusación y pone en entredicho el principio de imparcialidad (¿qué puede esperar el/la acusado(a) de un(a) juez(a) que se negó a dictar un sobreseimiento bajo la argumentación de que sí había delito que perseguir?). Al respecto hay que indicar que, contrario a lo que suele sostenerse, desde nuestra perspectiva nuestra legislación no incorpora un principio acusatorio puro, sino que mantiene un sistema mixto con algunos rasgos inquisitivos.<sup>80</sup> Y esto es así porque hay instituciones como la prueba para

---

<sup>75</sup> “Cuando el tribunal considere procedente la apertura a juicio y el Ministerio Público haya solicitado la desestimación o el sobreseimiento, sin que la víctima haya querellado, aquel le remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal, por auto fundado, para que modifique su petición en el plazo máximo de cinco días. Si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se enviarán las actuaciones al Fiscal General o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público reitere su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por la víctima”.

<sup>76</sup> Artículo 347: “Si el Agente Fiscal solicitare sobreseimiento o prórroga extraordinaria de la instrucción, el Juez que no estuviere de acuerdo remitirá el proceso, por resolución fundada, al Fiscal del Tribunal de Apelación, quien dictaminará con arreglo al artículo 39. Cuando el Fiscal se pronuncie por el sobreseimiento o la prórroga, el Juez dictará resolución en tal sentido. En caso contrario, se correrá vista del sumario a otro Agente Fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio de conformidad con los fundamentos del Superior [...]”

<sup>77</sup> Sala Constitucional, voto N° 5749-96 que se transcribirá adelante. Los artículos 158 y 414 del Código de Procedimientos Penales derogado también comprendían hipótesis en las que el criterio fiscal vinculaba al órgano jurisdiccional. El primero de esos numerales indicaba: “El Juez de Instrucción que reciba una denuncia la pondrá inmediatamente del Agente fiscal. Dentro del término de 24 horas, salvo que por la urgencia del caso aquél fije uno menor, el Agente Fiscal formulará requerimiento conforme al artículo 170 [Requerimiento de Instrucción Formal], o pedirá que se desestime o remita la denuncia a otra jurisdicción. Será desestimada cuando los hechos en que se funda no constituyen delito o no se pueda proceder. Si el Agente Fiscal pidiere que la denuncia sea desestimada y el Juez no estuviere conforme, se procederá conforme dispone el artículo 347”. El artículo 414 contemplaba la misma hipótesis para los casos que se tramitaron por citación directa (de flagrancia, entre otros) y que correspondían conocer en plenario a Tribunal de Juicio y no a juez(a) penal (unipersonal).

<sup>78</sup> Recuérdese la confusión de funciones de juez(a) instructor(a) y acusador(a), el que se dictaba prisión preventiva en forma automática con el procesamiento, el secreto sumarial aún para el/la defensor(a) e imputado(a) y tantas otras “exquisiteces de la arbitrariedad”, no del todo superadas a esta fecha.

<sup>79</sup> Aunque este término no es exacto en nuestro sistema procesal actual en donde también ejercen la acción penal los querellantes, la Procuraduría General de la República (Artículo 16 del Código Procesal Penal).

<sup>80</sup> Sobre el particular consúltese SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. “Resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal costarricense”. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 22, setiembre 2004, San José, pp. 125 y siguientes.

mejor resolver o la reapertura del debate,<sup>81</sup> el dictado de oficio de la prisión preventiva en debate<sup>82</sup> o la prórroga oficiosa de ella,<sup>83</sup> la posibilidad de condenar pese a que se solicitara la absolutoria, la posibilidad de imponer una sanción diferente a la pedida o de variar la calificación jurídica sostenida por la Fiscalía,<sup>84</sup> la potestad de interrogar que tiene el tribunal,<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Artículos 320 (para el/la juez(a) de la etapa intermedia), 355 y 362 del Código Procesal Penal. Si el/la juez(a) tiene duda debería absolver en virtud del principio *in dubio pro reo* (artículo 9 del Código Procesal Penal). Si pide tal prueba de oficio o reabre el debate para incorporarla, emite criterio solapado y pierde su objetividad, parcializándose lo que —en mi criterio— hace susceptible a los(as) jueces(zas) de una recusación.

<sup>82</sup> Artículo 258 del Código Procesal Penal avalado, incluso, por el voto N° 9017-96 de la Sala Constitucional (entre otros) que señaló que esa medida podía decretarse aún sin petición fiscal en los casos de rebeldía, por ejemplo. Dicha Sala, mediante votos N° 13669-2005 y N° 2031-2006 ha aceptado que el/la juez(a) dicte, oficiosamente, medidas cautelares.

<sup>83</sup> Artículo 258 párrafo segundo del Código Procesal Penal. La Sala Constitucional, mediante votos N° 2550-05 y N° 9666-05, ha vedado este proceder y esto está en sintonía con las recomendaciones divulgadas a través de la circular N° 114-2004 publicada en el Boletín Judicial N° 213 del 01 de noviembre de 2004 en la que se hace de conocimiento general las reglas prácticas sobre prisión preventiva acordadas en sesión de Corte Plena N° 36-2003 de las 13:30 hrs. del 29 de setiembre de 2003 (artículo XXIV). En el acápite 8 de ellas, alusivo a los(as) jueces(zas) penales, se recomienda: “*Dictar resolución sobre medidas cautelares ante rebelde detenido, previo aviso o comunicación al Ministerio Público [...] se recuerda que en estos casos no procede la detención ‘automática’, sin resolución, ni que el juez oficiosamente dicte la prisión preventiva*” (el destacado no es del original). No obstante, la misma Sala no siempre ha sido consecuente con esa posición.

<sup>84</sup> Artículos 346 y 365 párrafo segundo del Código Procesal Penal. La Sala Constitucional, mediante jurisprudencia vinculante *erga omnes* al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de al Jurisdicción Constitucional refirió sobre el punto específico: “[...] *el tribunal no ve afectada su imparcialidad por el hecho de que decida condenar al imputado (os) a pesar de que el Ministerio Público solicite la absolutoria en las conclusiones del debate. Eso en modo alguno implica que el tribunal esté asumiendo la función acusadora, dado que la acusación planteada oportunamente por el Ministerio Público es justamente la base y sustento del desarrollo del juicio oral y público. La imparcialidad de los jueces, más bien se consolida en el acto de emitir la sentencia en forma fundamentada y objetiva, externando su propio criterio en forma independiente de las pretensiones de las partes, obviamente respetando los principios de correlación entre acusación y sentencia, así como el derecho de defensa. Es el juzgador en su libre convicción quien debe arribar a un estado de certeza de culpabilidad, de inocencia o de duda, con base en las probanzas recibidas o incorporadas a la audiencia. No le puede ser impuesto ningún otro criterio que el propio, que obviamente puede ser impugnado a través de los medios de impugnación previstos en el ordenamiento. Justamente, la función del juez es la de administrar justicia, la de decir o declarar el derecho [...] la jurisprudencia impugnada no sólo no vulnera el principio de imparcialidad del juzgador, sino que tampoco afecta los principios acusatorio, debido proceso, presunción de inocencia ni in dubio pro reo*”. Sala Constitucional, voto N° 2007-11920 de las 14:45 hrs. del 22 de agosto de 2007 (magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas, Jinesta, Cruz, Araya). Ese criterio es consistente con el que ha venido sosteniendo la Sala de Casación Penal al indicar: “*El recurrente pretende dimensionar más allá de los alcances reales de nuestro proceso, las atribuciones o limitaciones del Tribunal sentenciador utilizando los parámetros de un sistema ‘acusatorio adversarial’ puro que de ninguna forma puede adecuarse a la forma en que está diseñado nuestro proceso penal. En este sentido, basta observar dos disposiciones del Código Procesal Penal que se relacionan en el caso concreto, específicamente el artículo 346 sobre nueva calificación jurídica que no fue considerada por éstas. Asimismo el artículo 365 en su último párrafo [...]*” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2004-1246). También ha indicado: “[...] *el sistema procesal penal por el que optó nuestro legislador sea de corte predominantemente acusatorio, lo que no significa que sea acusatorio puro, y menos aún, que los Jueces sólo deban imponer las sanciones establecidas por la ley en la forma pretendida por el órgano requirente, o bien condenar sólo en los casos en que el Ministerio Público así lo solicite. Por estas razones, la apreciación de la impugnante resulta incorrecta en cuanto considera que la imposición de una pena superior a la solicitada por el órgano acusador hace que el Juez usurpe roles que no le corresponden en un sistema predominantemente*

acusatorio, pues, lo que fundamentalmente caracteriza este proceso penal son dos razones: 1.- que la investigación [...] se encomienda en forma exclusiva al órgano fiscal, sustrayéndola del poder del Juez para que éste figure dentro del proceso en las diferentes etapas, sólo como garante de la legalidad y encargado de aplicar la ley, en forma totalmente imparcial. 2.- que sólo sobre la base de una acusación formulada por el Ministerio Público o por el querellante privado es posible la realización del juicio oral contra el imputado [...] Una vez que el Juez de la Etapa Intermedia ha aceptado que el caso sea sometido a juicio, son los Jueces de esa etapa los únicos que pueden decidir, con la debida valoración de la prueba recibida en el contradictorio, de forma independiente y soberana, la resolución que se debe aplicar al caso. Es decir, son los únicos legitimados legalmente —por las disposiciones de los tratados internacionales, de las normas constitucionales y las leyes—, para aplicar la ley. Esta potestad implica que si las pruebas generan en su ánimo la convicción de que se ejecutó una conducta tipificada como delito, que el autor de ese hecho fue el sujeto juzgado, a quien le asiste reprochabilidad por la conducta y ostenta la condición de imputable, con valoración pero sin sujeción a la petición de condena o absolutoria de las partes, los Jueces deben aplicar los preceptos legales que el caso impone, porque esa es la obligación que las leyes les imponen en esa función. No es acertado estimar que la solicitud de absolución de la Fiscalía obliga al Tribunal a ello porque eso equivaldría a incumplir las funciones que le han sido encomendadas: juzgar y aplicar la ley. En el sistema acusatorio lo que se persigue es que el Ministerio Público sea el encargado de investigar los hechos delictivos, que con el auxilio de la policía recopile las pruebas que permitan sustentar una posible acusación y ejerza la acción penal pública, cuyo ejercicio puede prescindir únicamente a través de la aplicación del criterio de oportunidad reglado. Cosa muy distinta es lo que puede hacer con la pretensión punitiva al ser ésta una mera expectativa de sanción que en última instancia ni le pertenece ni la puede renunciar por su carácter de probabilidad; y porque, como se ha dicho, la condena o absolución, así como el monto de pena imponible son potestades que exclusivamente le asisten al Juez por disposición del ordenamiento jurídico. Aceptar que el Juez queda vinculado a absolver si así lo solicita el Ministerio Público porque hay un desistimiento o renuncia de la pretensión punitiva, la desvirtúa e implica una interpretación errada de lo que es. Implica una grosera confusión en lo que es el ejercicio de la acción penal y lo que es la pretensión punitiva. La primera, que sí le pertenece al órgano fiscal, puede renunciarse al prescindirse la persecución penal de la forma y en los momentos procesales establecidos en el código formal. Pero, si tras la celebración del debate el Ministerio Público opta por no solicitar una condena y una sanción para el acusado, o sea, pide absolución, ello no constituye una deserción o renuncia al ejercicio de la acción penal (que hasta ese momento fue ejercida válidamente) que es a lo que sí puede renunciar, pero ello no inhibe al Juez de condenar porque más que facultado, está obligado a administrar la justicia en el ámbito criminal. De aceptarse esa tesis se negaría el carácter público y de interés público del derecho penal pues se estaría tratando como derecho privado al entender que una de las partes puede renunciar a la pretensión. Además, se causaría una situación sumamente grave en el proceso al dejar sin ningún control a los funcionarios del órgano fiscal, en la etapa más importante y decisoria, en el debate; lo que no puede suceder porque ningún funcionario puede escapar al control de sus actuaciones y una visión global del código procesal nos permite comprender, que esa no fue la voluntad del legislador. Todos los actos de los funcionarios involucrados en el proceso penal están sujetos a control. Las decisiones de los Jueces son controlables a través de los medios de impugnación, y las actuaciones fiscales en la etapa preparatoria e intermedia por el Juez de Garantías que no sólo vigilan la legalidad de sus actuaciones y la procedencia de sus solicitudes, sino que, conforme a lo que dispone el artículo 302 del Código Procesal Penal, pueden disconformar ante sus superiores cuando piden sobreesimiento o desestimación y los Juzgadores estiman que lo procedente es la acusación. En estas etapas sus actuaciones también son controladas por sus superiores jerárquicos que deben autorizar varias de sus solicitudes y la renuncia a la persecución penal de ciertos casos, y hasta puede, aplicando la enmienda jerárquica, dejar sin efectos solicitudes erróneas o improcedentes. De aceptarse que, tras el debate, la solicitud de absolutoria de un representante del Ministerio Público es vinculante al Juez aun cuando éste estime que procede la condena, además que le sustrae de la función que se le encomendó, dejaría sin control una actuación del primero que puede ser errada e improcedente; pues para ese momento no existe posibilidad de que los Juzgadores discrepen ante los superiores jerárquicos del fiscal, de esa petición, como sí ocurre en otras etapas. Resultaría sumamente grave a los intereses públicos que una petición de absolución de un fiscal, motivada en una indebida apreciación de la prueba, por deficiente formación académica, falta de experiencia o simple criterio profesional, de ser vinculante para los Jueces, conlleve a la impunidad de personas que las pruebas demostraron en juicio que cometieron un delito. De haber sido la voluntad del legislador que en ese estadio procesal los representantes del Ministerio Público escapen al control y una petición infundada de absolutoria le sea vinculante al Juez, ningún sentido tendrían las disposiciones de la norma 361 incisos b y c y el párrafo segundo del mismo artículo del código formal que disponen que en la deliberación y votación los jueces

entre otras, que se mantienen vigentes y que han pasado el escrutinio de constitucionalidad por el órgano encargado constitucionalmente para ello. Debe concluirse, entonces, que no tenemos un sistema acusatorio puro y las normas nos autorizan a proceder planteando la disconformidad. Ergo, no se puede violar un principio (el acusatorio) que no es receptado en nuestro sistema con rango suprallegal.

**b)-** Sostener que la obligación del(a) juez(a), de atenerse al criterio del(a) fiscal(a) superior que ratifica lo pedido por el/la primer(a) fiscal(a), viola el principio de independencia judicial. Ya la Sala Constitucional se ha referido al tema indicando:

Se cuestiona el artículo 302 del Código Procesal Penal en cuanto otorga carácter vinculante a la solicitud de sobreseimiento efectuada por el Ministerio Público a la autoridad jurisdiccional, una vez agotado el trámite de la disconformidad. Con relación al artículo 347 del Código de Procedimientos Penales, que regulaba el asunto de igual modo, se dijo: "El modelo de proceso penal mixto moderno, que es el seguido por nuestro legislador [...] buscó remediar el excesivo poder del juez inquisitivo en el impulso y control del proceso, al punto de que su figura se confundía con la de acusador y juzgador, en detrimento de la frágil posición de las partes y la defensa de sus intereses. Por eso se establece [...] que el monopolio de la acción penal, en delito de acción pública, corresponde al Ministerio Público, que se erige como el Órgano acusador por excelencia, en ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. El proceso penal así moldeado [...] establece la forma en que se ejerce la acción penal, para ello estructura el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado en cabeza de un órgano distinto del juez. El proceso no podrá iniciarse sin su excitativa —nullo iudicio sine actione—, y no podrá existir acción penal sin intervención del juez —nulla actio sine iurisdictione—. La intervención de dos Órganos del Estado —uno en función jurisdiccional y otro en representación y tutela del orden público lesionado por el delito—, contribuye a equilibrar el ejercicio del poder estatal en el proceso, compartiendo la esencia del principio clásico de división del poder. Al Ministerio Público, que

---

*deben resolver los aspectos relativos a la existencia del hecho, su calificación legal, la culpabilidad y la individualización de la pena aplicable; y, que las decisiones se adoptarán por mayoría y si ésta no se produce con relación a la pena se debe aplicar el término medio. Si debemos interpretar que el sistema acusatorio implica que la petición de una de las partes, fundamentalmente del acusador, es vinculante a los Juzgadores, ningún sentido tendría la deliberación cuando se pide la absolutoria porque bastaría con acoger la petición sin necesidad de analizar los otros aspectos indicados y la norma dispondría que la deliberación se haría sólo en casos de solicitud de condena de la fiscalía o el querellante. Tampoco tendría funcionalidad ni sentido que se regule que en los casos en que cada Juez, de órgano colegiado, opte por un monto distinto de pena, debe imponerse la "media", pues si la petición del acusador le fuera vinculante no tendrían que tomar decisión alguna al respecto"* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2006-1258). El Tribunal de Casación Penal de San José ha mantenido criterios divididos sobre el particular. En los votos N° 784-2005, N° 1214-2005, N° 201-2006, N° 53-2007, N° 88-2007 (No siempre de modo unánime), entre otros, ha referido que se viola el debido proceso si el/la juez(a) condena ante pedido de absolutoria del Ministerio Público; en los votos N° 1510-2007 y N° 1552-2007 ha indicado que el tribunal no puede imponer una sanción mayor a la solicitada por la fiscalía. Con otras integraciones, ha rechazado esas consideraciones dando amplias razones de por qué nuestro sistema no es acusatorio puro sino con tendencia a ello pero con rasgos inquisitivos y por qué tal proceder vulnera el principio de legalidad procesal: ver votos N° 552-2007; N° 1052-2007, N° 468-2007 y N° 316-2008 (no siempre de modo unánime), entre otros.

<sup>85</sup> Artículo 352 del Código Procesal Penal.

ostenta el ejercicio de la acción penal, el legislador le confiere el poder de decidir si la ejerce o no —decisión que debe estar debidamente fundamentada, [...]— la que en todo caso debe presentar y solicitar al juez [...] el juez simplemente acoge la decisión del Ministerio Público, refrendada por el Fiscal [...] de no ejercer la acción penal, lo que condiciona la actividad del juez, pues no puede proseguir sin el órgano acusador [...]" (Sentencia 5749[...] de mil novecientos noventa y seis). De manera que, es el Ministerio Público quien decide si desestima o sobresee una causa, por tener el monopolio de la acción penal, de ahí que se afirme que no puede haber juicio sin acusación, pero no porque el Ministerio Público pueda sustituir la función jurisdiccional, sino porque ésta no puede actuar si no ha sido debidamente excitada por medio de una acusación debidamente establecida, la que además cumple la función de permitir el ejercicio de la defensa. El actual Código Procesal Penal busca acentuar aún más los rasgos acusatorios del proceso, el juez asume un papel más pasivo, se le otorgan mayores facultades al Ministerio Público, tales como el dominio de la investigación, la dirección de la policía, la aplicación del principio de oportunidad, entre otras, lo que hace que la norma cuestionada resulte del todo coherente con el diseño del proceso [...] al no existir razones para variar de criterio [...] no es inconstitucional el artículo consultado.<sup>86</sup>

A pesar de esos pronunciamientos, desde mi perspectiva la vinculación del(a) juez(a) al criterio fiscal sí puede afectar el principio de independencia judicial desde que el/la juez(a) no es libre para decidir como estime pertinente con base en los elementos probatorios existentes y sujeto(a), por supuesto, a la responsabilidad por sus actos y a la revisión de sus decisiones a través de los medios impugnativos respectivos. Eso conduce a pensar cómo, en caso de solicitársele un sobreseimiento, dicho(a) funcionario(a) jurisdiccional debe dictar la resolución final: si mediante auto —porque el fundamento es del(a) fiscal(a) con el que él/ella discrepa— o en forma de sentencia como lo exige el artículo 312 del Código Procesal Penal, en cuyo caso la violación es mayor porque la resolución debe tener hechos probados (para cerrar la posibilidad de *non bis in idem*); pero esa determinación no proviene de su valoración sino del(a) fiscal(a), en cuyo caso la forma sería considerar que él/ella tiene por acreditado que se presentó la solicitud de sobreseimiento en tal fecha, que se siguió el trámite de la disconformidad y que este fue ratificado por el/la fiscal(a) superior en grado.

En cuanto a la fundamentación analítica, el/la juez(a) dará la explicación de lo acaecido para salvar su responsabilidad (por cumplimiento de un deber legal) ante un eventual prevaricato, del que está exento el/la fiscal(a) al no ser él/ella quien dicta resoluciones ya que

---

<sup>86</sup> Sala Constitucional. Voto N° 3389-09 de las 16:42 hrs. del 26 de mayo de 1998. Esta consulta, a diferencia de otras, sí fue formulada teniendo como parámetro de constitucionalidad el principio de independencia judicial (y no la imparcialidad o el modelo acusatorio). El voto fue redactado por el Magistrado Mora Mora e intervinieron Piza, Solano, Sancho, Calzada, Arguedas y Vargas. No obstante, lo que no nos explicó la Sala es por qué el voto que citaron sigue siendo válido a pesar de haber cambiado el modelo procesal que inspiraba las normas del derogado código procesal (inquisitivo reformado a uno predominantemente acusatorio). De igual forma la Sala Constitucional en voto N° 6807-08 señaló que la jurisprudencia que señala que en los casos en que el/la juez(a) no se encuentre de acuerdo con la solicitud de desestimación del fiscal, debe plantear su disconformidad, no es contraria a los principios de legalidad e independencia judicial. En el expediente 08-4054-0007-CO se encuentra una nueva consulta judicial planteada por el Juzgado Penal de San José sobre la base de los principios de legalidad e independencia judicial, esta vez sobre el artículo 302 del Código Procesal Penal.

esa no es una de sus funciones.<sup>87</sup> No obstante, no se desconoce que si esa vinculatoriedad no existiera se estaría ante un problema práctico insoluble: el/la juez(a) considera que se debe acusar, por ejemplo, y no hay ningún(a) fiscal(a) dispuesto(a) a hacerlo, sin que el/la juzgador(a) pueda ni deba sustituir al órgano acusador formulando por sí mismo dicha acusación, pues ello sí violaría el principio de imparcialidad y división de funciones.

**c)-** Obviar que si el/la juez(a) que plantea disconformidad con la petición fiscal y su criterio es acogido por el/la fiscal(a) superior, dicho(a) juez(a) ya no podrá intervenir de nuevo en el proceso pues ha adelantado criterio y externado una posición contraria a los intereses del(a) encartado por lo que, de hacerlo, se vulneraría el principio de imparcialidad.<sup>88</sup> Efectivamente, cuando el/la juez(a) plantea una disconformidad es porque externa una tesis contraria a la del(a) imputado(a) (caso contrario dictaría su desestimación o sobreseimiento); por lo que resulta evidente que, de dársele la razón, ese(a) juez(a) no podrá intervenir de nuevo en ese caso concreto. Es esta la razón por la que se rompería la imparcialidad, es decir, a posteriori respecto de la disconformidad y no por el hecho de formularla, como ha tenido ocasión de indicarlo la Sala Constitucional:

Para el recurrente un juez que asume la función de acusar y a la vez decide el caso es claramente un juez infractor del principio del juez imparcial, afirmación ésta que la Sala comparte por entender [...] que tal juez, que mantiene como válida una acusación contra un imputado, cuando el representante del Ministerio Público, una vez recibida la prueba en la audiencia oral, al formular conclusiones, no lo hace, ha perdido por ese mismo hecho y en tal caso concreto, la objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la función de juzgar. La cuestión es entonces determinar si tal labor acusadora se encuentra presente en ese caso general que describe el recurrente [...] El resguardo de la imparcialidad a través de la definición de los roles establecidos para el proceso penal no muestran señal alguna de haberse quebrantado. Por el contrario, cada uno de los protagonistas del proceso lleva adelante su labor, de la manera en que lo considera apropiado dentro del margen que dan los cánones establecidos, sin que alguno de ellos intervenga en la función de los otros, por más que se reconozca que sus actos tienen todos una relación muy estrecha de interdependencia [...] El recurrente afirma que el juez que emite una sentencia condenatoria —cuando ésta última es antecedida por una petición de absolución por parte del acusador— "ha abandonado su papel de tercero imparcial", pero para esta Sala no existe ninguna demostración de dicho aserto porque [...] tal acto concreto del juez no implica que en estos casos se deje de lado la imparcialidad a que está obligado. En particular, podemos apuntar que el juez no ha llamado a juicio oficiosamente al imputado, sino a pedido del Ministerio Público; no le ha imputado conducta alguna al acusado sino que, al mismo tiempo que éste escucha la reiteración de la acusación que se le hace de forma oral [...] El juez ante la solicitud de absolutoria del Ministerio Público formulada en sus conclusiones, no pierde su competencia

---

<sup>87</sup> Artículos 350 del Código Penal y 277 párrafo segundo del Código Procesal Penal.

<sup>88</sup> Ha de recordarse que las causales de inhibición no son taxativas, tal y como lo indicara la Sala Constitucional mediante voto N° 4727-98.

para decidir conforme a derecho el problema probatorio y legal que se le ha formulado, concluir lo contrario sería trasladar el Ministerio Público la función jurisdiccional de que gozan, únicamente, los jueces.<sup>89</sup>

Ya sea que el/la juez(a) acepte la desestimación o sobreseimiento o plantee la disconformidad, normativamente se estableció que la víctima constituida en querellante tiene derecho de apelar<sup>90</sup> pero... ¿qué sentido tiene esa apelación? Si ya el/la fiscal(a) superior en grado ratificó el criterio de su inferior jerárquico, aunque el/la juez(a) superior no estuviera de acuerdo, no hay norma que posibilite que resuelva de un modo diverso porque ello implicaría que está, nuevamente, disconformando con el criterio fiscal (ahora del superior en grado), y eso no está regulado sino de un solo modo que ya se aplicó. Se evidencia, de ese modo, la deficiencia de la reforma al mantener institutos de una legislación e introducir otros, pues estos pueden ser incompatibles con los principios que los inspiran.

Lo hasta aquí expuesto son mis consideraciones de *lege data*, dado que la legislación vigente impone dichas soluciones (que no se han estimado inconstitucionales) y que en materia procesal hay un principio de legalidad que le impide a los(as) jueces(zas) hacer cosas que no están previstas en las normas (artículo 2 del Código Procesal Penal). Además, no hay ninguna norma procesal que le dé efecto de desistimiento tácito o expreso a las gestiones del Ministerio Público cuando este pide la desestimación, el sobreseimiento o, en debate, la absolutoria o una determinada sanción. Ante esa ausencia legal, la acusación otrora presentada (cuando la hay, por lo que el punto es difícil de solucionar en ausencia de ella como sucede ante gestiones de sobreseimiento o desestimación) se mantiene. No obstante, de *lege ferenda* sí pienso que es necesario que se modifiquen las normas procesales para deslindar roles y responsabilidades y marcar aún más el carácter acusatorio del proceso, lo que es acorde con el principio democrático de división de funciones.

---

<sup>89</sup> Sala Constitucional, voto N° 2007-011621 de las 15:30 hrs. del 15 de agosto de 2007.

<sup>90</sup> Artículo 71 inciso c) del Código Procesal Penal.

## ***Consideraciones sobre la disconformidad en el proceso penal costarricense***

***Por Manuel Geovanny Mena Artavia\****

Recientemente tuve la oportunidad de participar en el foro virtual y, posteriormente, en el conversatorio promovidos por la Escuela Judicial, sobre el tema “Desestimación, disconformidad y sobreseimiento en las etapas previas al debate”.

La metodología de tales herramientas pedagógicas me resultó sumamente interesante y enriquecedora, sobre todo porque ellas implican un enfoque distinto al que normalmente se ha utilizado en la transmisión de conocimientos en el Poder Judicial. En efecto, frente a los métodos convencionales que procuran que un(a) experto(a) transmita su saber a un grupo más o menos amplio de personas, que se presume carecen de este, tanto el foro como el conversatorio se orientan más bien a extraer ese conocimiento de la experiencia del “auditorio”, dejando en manos de los(as) moderadores(as) el trabajo de sintetizar las ideas de los(as) participantes.

Esa forma de abordaje me parece la más adecuada en estos casos por la naturaleza de los temas tratados. Y es que ¿de dónde podrían salir las soluciones más creativas y acertadas a los problemas álgidos de la práctica penal, si no es de la experiencia de aquellas personas que han tenido que enfrentarlos día a día? A diez años de vigencia del Código Procesal Penal costarricense, jueces(zas) penales, fiscales(as) y defensores(as) han acumulado una basta experiencia en la aplicación de los institutos de la desestimación, la disconformidad y el sobreseimiento, y han tenido que lidiar con los vacíos, lagunas e imprecisiones de la ley en cuanto a ellos. En mi opinión, ha sido todo un acierto el haber buscado las respuestas que nos interesaban en el mundo real y cotidiano del Derecho Penal y no en el de las abstracciones de los(as) teóricos(as).

Con todo, los foros y conversatorios tienen una desventaja —según sean nuestras pretensiones—, que radica en el hecho de que no resulta tan fácil sacar de ellos un conjunto cerrado de conclusiones. Para un(a) conferencista o expositor(a) la elaboración de las conclusiones implica solo un ejercicio de síntesis de sus ideas. El/la moderador(a) de un foro o de un conversatorio deberá en cambio valorar opiniones muchas veces dispares, discriminarlas, favorecer unas y desechar otras, en fin, tomar posición. Sin duda su criterio estará enriquecido por el conocimiento y la experiencia puestos en el tapete de discusión; sin embargo, seguirá siendo la síntesis de una sola persona, y no necesariamente la mejor.

Quizá tengamos que entender que la mayor ventaja de las herramientas metodológicas señaladas no está en que permitan llegar a conclusiones uniformes al final de la sesión, sino más bien en que enfrentan a los(as) distintos(as) participantes a puntos de vista que no habían considerado y multiplican de esa forma las vertientes de análisis de los diferentes temas. Naturalmente, con ello se aumentan las posibilidades de que las soluciones ofrecidas por los(as) funcionarios(as) judiciales tengan una fundamentación más sólida. Al final, la “ganancia” estará en que, de regreso a sus oficinas, los(as) compañeros(as) podrán enfrentar los asuntos que se les plantean con una visión más amplia, enriquecida por las experiencias

---

\* Juez de juicio.

de muchos(as) funcionarios(as) que fueron sometidas al rigor de un debate constructivo y respetuoso.

Consecuente con ello, no pretendo plantear “las conclusiones” del foro o del conversatorio que tuve el honor de moderar. Ni siquiera es mi primordial interés exponer mis conclusiones (aunque en cierta forma ello es inevitable), fundamentalmente por dos razones: porque algunas de ellas apenas están en elaboración —los aportes de los(as) compañeros(as) han propiciado la meditación sobre muchos puntos— y porque, a fin de cuentas, si se trata de exponer opiniones subjetivas, más fructífero sería poner a disposición de los(as) interesados(as) la totalidad de las expresadas en el foro, para que se hicieran su propio juicio sobre ellas.

Más bien, quisiera desarrollar aquí algunos planteamientos hechos en el foro y en el conversatorio, como una forma de relanzar la discusión de los temas hacia otros ámbitos posibles. En concreto, me parece importante que se sigan explorando las cuestiones relacionadas con la independencia judicial y con la pervivencia de elementos inquisitivos en el proceso penal costarricense, a partir del instituto procesal de la disconformidad. Sin duda, ambos temas tienen implicaciones importantes respecto del modelo de administración de justicia que queremos para nuestro medio.

A raíz de la consideración del instituto de la disconformidad en nuestro Código Procesal Penal, han salido a relucir, por un lado, la posible violación de la independencia del(a) juez(a) y, por otro, la existencia de elementos inquisitivos en la ley procesal costarricense. Todo ello se relaciona con el artículo 302 del Código Procesal Penal, que dice:

Quando el tribunal considere procedente la apertura a juicio y el Ministerio Público haya solicitado la desestimación o el sobreseimiento, sin que la víctima haya querellado, aquel le remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal, por auto fundado, para que modifique su petición en el plazo máximo de cinco días.

Si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se enviarán las actuaciones al Fiscal General o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior.

Quando el Ministerio Público reitere su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por la víctima.

Algunos(as) compañeros(as) han sostenido que en tanto la petición del(a) fiscal(a) general o superior mencionados en la norma resulta vinculante para el/la juez(a), ello implica una violación de su independencia. Se señala que el/la juez(a), por mandato constitucional, ha de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento conforme a la propia Carta Magna y a la ley, y que por ello no puede estar sujeto a lo pedido por una de las partes.

Sin embargo, me parece que esa postura malinterpreta la independencia judicial, propugnando una especie de sacralización de las decisiones judiciales que no resulta conveniente en ningún sistema penal. No hay duda de que es importante que el/la juzgador(a) resuelva los asuntos sometidos a su conocimiento sin verse sometido(a) a presiones que revelan intereses ocultos, ya sea que vengan de otros poderes del Estado o de lo interno del Poder Judicial. El/la ciudadano(a) —que es en realidad el/la beneficiario(a) de la garantía de independencia judicial— puede contar con que su conflicto jurídico será resuelto únicamente conforme a una ley que es igual para todos, ya que el/la funcionario(a) encargado(a) de la solución del asunto no será sometido(a) a fuerzas de inconfesable origen.

La independencia judicial así entendida derivada de los artículos 9 y 154 de la Constitución Política señalan:

Artículo 9º—El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

ARTÍCULO 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.

No parece que el constituyente haya querido garantizar que las decisiones del(a) juez(a) se tuvieran que imponer siempre, en cuanto a todos los temas, siendo eso lo que se pretende al abogar para que la disconformidad termine finalmente resolviéndose como el/la juez(a) quiere. En realidad, nuestra ley procesal ha estructurado un sistema complejo de funciones repartidas en el que, a grandes rasgos, corresponde a un(a) interviniente el ejercicio de la acción penal, a otro(a) la defensa del(a) imputado(a) y a otro(a) la solución del conflicto. Ese sistema pretende ser más eficiente, en tanto cada parte se concentra y especializa en su función primordial; pero también más justo, porque dispone un equilibrio de frenos y contrapesos entre los actores. En el caso particular del(a) juez(a), se puede afirmar que al concentrarse en su papel moderador del proceso, este(a) evita tomar partido a favor de una de las partes antes de cumplir su deber fundamental de resolver el conflicto planteado.

En un proceso marcadamente acusatorio —dispuesto como tal por la propia ley que el/la juzgador(a) debe acatar por mandato constitucional—, no puede pretenderse que el/la juez(a) tenga siempre la última palabra. Quererlo así, en todo caso, no tiene nada que ver con la independencia judicial. En ese sentido resulta ilustrativo el voto 6470-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas treinta y seis minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve, que establece una vinculación entre el "principio democrático" que rige nuestra sociedad con el proceso acusatorio y que llega a concluir que la prevalencia del criterio del Ministerio Público, una vez planteada la disconformidad, no es inconstitucional.

Está claro, en todo caso, que nuestro sistema procesal sí da al(a) juez(a) la posibilidad de defender su interpretación de la ley sin presiones, forzando incluso a que los asuntos en los que considera que se ha petitionado en forma incorrecta reciban la atención de los más altos niveles de la jerarquía del Ministerio Público.

El otro tema es el que tiene que ver con el acomodo del artículo 302 del Código Procesal Penal en un proceso de corte acusatorio. Sin duda, esa norma nos recuerda que el/la legislador(a) ha optado por un sistema solo marcadamente acusatorio y no acusatorio puro. De otra forma ¿cómo explicar la posibilidad que se da al(a) juzgador(a) de llamar la atención al órgano requirente sobre sus decisiones respecto del destino de la acusación?

Aceptando la existencia y la claridad de esa norma, que algunos califican como un resabio inquisitivo dentro de un proceso acusatorio, se ha planteado la necesidad de su supresión. Es aquí donde considero que se debe profundizar en el estudio del sentido de este y otros institutos del proceso penal costarricense, que ciertamente depositan en manos del(a) juez(a) la posibilidad de intervenir activamente en el curso del proceso.

La posibilidad del(a) juez(a) de mostrar su disconformidad con la petición de sobreseimiento o de desestimación formulada por el Ministerio Público puede considerarse una intromisión en la labor que la ley ha encargado fundamentalmente a este órgano. De la misma forma, se puede considerar una intromisión en la actividad de las partes: la revisión

oficiosa de las medidas cautelares (artículo 253 del Código Procesal Penal), la admisión oficiosa de prueba para juicio (artículo 320 del Código Procesal Penal), la posibilidad de que el/la juez(a) participe en el interrogatorio para fines que no sean de simple moderación (artículo 352 del Código Procesal Penal), o la posibilidad de ordenar oficiosamente prueba para mejor resolver (artículo 355 del Código Procesal Penal). Sin embargo, hemos de preguntarnos si esas "intromisiones" no son en realidad saludables y necesarias.

Y es que, en aras del respeto a la pureza de un modelo que hoy parece imponerse por necesidad, a veces queremos renunciar a ciertos correctivos previstos por el/la legislador(a) y que sin duda pueden ser convenientes, en tanto se utilicen con prudencia, para conseguir soluciones más justas.

El entramamiento de los procesos judiciales ha impuesto la necesidad de buscar soluciones más ágiles a los litigios. La oralidad y el reforzamiento del sistema acusatorio van sin duda en ese sentido: en las audiencias orales se procede con más rapidez que cuando las gestiones se tramitan y resuelven por escrito; la intervención meramente arbitral del(a) juez(a) agiliza también la resolución de la causa simplemente porque minimiza la intervención de uno de los actores.

No me parece que ello tenga tanta relación con la justicia de la decisión como a veces se afirma. La resolución escrita es más lenta, pero no necesariamente menos justa; la intervención activa del(a) juez(a) probablemente alarga el debate, pero dudo que en la mayoría de los casos comprometa la objetividad del(a) juzgador(a).

Sin embargo, las nuevas ideas suelen adornarse con argumentos de fuerte contenido emocional para imponerse con más facilidad. Es por eso que ahora se sostiene —a veces recurriendo a un penoso rasgado de vestiduras—, que un proceso más acusatorio implica devolver a los verdaderos actores (las partes) el protagonismo del conflicto del que los(as) jueces(zas) nos habíamos apropiado; que la intromisión del(a) juez(a) es un resabio de sistemas superados históricamente, relacionados con regímenes poco democráticos; que la búsqueda de la verdad por parte del(a) juez(a) es en realidad un disfraz de su arrogancia, ya que no es él, sino la actividad "adversarial", la que produce la verdad del proceso, y un largo etcétera de argumentos de dudosa consistencia lógica y de poco sustento fáctico.

De cualquier forma, más allá de lo necesaria que viene siendo cierta rectificación del rumbo de la administración de justicia —por comprensibles razones de celeridad más que de justicia—, lo cierto del caso es que no es prudente abandonar por completo algunos instrumentos que acercan al(a) juez(a) a su función natural de administrar justicia, solventando las incorrecciones que logra descubrir en la labor de las partes, corrigiendo los errores de interpretación en que pueden haber incurrido, en fin, orientando el proceso hacia una decisión más justa.

El/la juez(a) no es el/la dueño(a) de la verdad ni el/la único(a) capaz de acercarse a ella. Sin embargo, no creo que nuestra sociedad esté dispuesta a concebirlo simplemente como un árbitro ajeno a la búsqueda de la verdad en el proceso. Del(a) juez(a) se espera objetividad, pero también justicia. El que lo dude, puede preguntar a cualquier ciudadano(a) común. Siendo así, ni siquiera parece deseable que nuestro proceso penal tienda a la pureza acusatoria.

Como en toda labor humana, existe el riesgo de caer en excesos. Algún(a) juez(a) podrá considerar que la justicia es fundamentalmente el resultado de lo que él/ella investigue y descubra. Sin embargo, es evidente que con ello estará haciendo una interpretación de sus facultades y competencias que no coincide con la estructura marcadamente acusatoria dibujada por la ley costarricense. En todo caso, resulta mucho más peligroso cerrar por completo al(a) juez(a) las posibilidades de orientación del proceso que se manifiestan a través

de los mal llamados “resabios inquisitivos”. Por todo ello, considero que una correcta aplicación del modelo que tenemos en este momento es más útil que su corrección o reforma.

Espero que estas líneas motiven al(a) lector(a) a continuar la discusión de los tópicos que, con buen tino, planteó la Escuela Judicial.

## ***Desestimación, sobreseimiento y disconformidad: la función jurisdiccional***

***Por Max Antonio Escalante Quirós\****

La esencia de la función que ejerce el/la juez(a) penal no hay que buscarla en la doctrina ni hacer un esfuerzo por comprenderla; ya que el artículo 277 del Código Procesal Penal sintetiza el contenido de la función jurisdiccional durante las etapas preparatoria e intermedia del proceso. En efecto, en forma genérica dicha norma dispone que la función del(a) juzgador(a) consiste en "[...] *controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y éste Código*".

Lo anterior significa que, si bien aún existen normas que imponen al(a) juez(a) penal la realización de actos y diligencias de orden investigativo, eso es tan solo aparente; puesto que la función del(a) juzgador(a) no es la de investigar sino la de controlar la legalidad del proceso.

Ahora bien, es lamentable que la experiencia judicial permita afirmar que algunos(as) juzgadores(as) no han valorado como debe ser su función y dejan de lado aquel control que la ley impone a los(as) administradores(as) de justicia. Lo anterior ha generado un poco uso de la figura de la disconformidad y también la falta de rigurosidad del(a) juez(a) penal al valorar solicitudes de las partes.

El/la juez(a) penal debe comprender que su papel en el proceso es vital; ya que tiene el control de la legalidad durante dos etapas sin las cuales la fase de juicio no tendría razón de existir. Durante la investigación el/la juzgador(a) ha de ser celoso(a) de que las partes apliquen correctamente la ley para que se averigüe la verdad real, pero para que se realice en forma adecuada. El/la juzgador(a) tiene en sus manos la protección de derechos fundamentales como: la libertad, el patrimonio, la posesión, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, entre otros más.

Nótese que no es un trabajo ligero sino una función delicada que, como tal, exige al(a) juzgador(a) la aplicación estricta de las leyes pues su rol en el proceso penal consiste, precisamente, en el control de la legalidad.

Cuando se hace referencia a la disconformidad regulada por el Código Procesal Penal en el artículo 302, se deben hacer varias consideraciones. La primera de ellas consiste en que la facultad que tiene el/la juzgador(a) de disconformar no es una manifestación de una potestad inquisitiva del órgano jurisdiccional. Al(a) juez(a) penal le corresponde valorar la solicitud de desestimación y/o sobreseimiento que formule el Ministerio Público y ponderar si procede o no conforme a la legislación. Los(as) jueces(zas) penales no son investigadores(as), son esclavos(as) de la ley.

Ahora bien, el numeral 302 de la ordenanza procesal penal dispone que la disconformidad procede cuando el/la juzgador(a) "[...] *considere procedente la apertura a juicio [...]*". Esta frase debe ser objeto de valoración para poder comprender adecuadamente la

---

\* Juez penal.

figura de la disconformidad, ya que, realmente no es ese el presupuesto de la decisión del(a) juzgador(a).

La disconformidad procede respecto de las solicitudes de desestimación y sobreseimiento que la Fiscalía decida formular. Frente a ello hemos afirmado líneas atrás que la esencia de la función del(a) juzgador(a) es el control de la legalidad y, por tanto, se debe concluir que el presupuesto que autoriza la redacción de un auto de disconformidad es la no concurrencia o no cumplimiento de alguna de las causas legales que posibilitan la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

Así las cosas, el análisis del numeral 302 del Código Procesal Penal no debe llevar al equívoco de entender que la disconformidad solamente es posible cuando el criterio del(a) juez(a) penal sea que la causa debe llegar a la fase de juicio; puesto que esa interpretación no va acorde con la función jurisdiccional ya comentada.

Al tenor de los artículos 282 y 299 de la ordenanza procesal penal, la desestimación procede, básicamente, cuando el hecho denunciado no constituye un delito, cuando el órgano fiscal no pueda proceder con el ejercicio de la acción penal y cuando los medios de prueba sean insuficientes para probar el ilícito o para atribuir la responsabilidad penal a alguna persona. Si el/la juez(a) penal tiene la función de controlar la legalidad del proceso, cuando llega a sus manos una solicitud de desestimación ha de ponderar aquellos presupuestos de ley que la autorizan y abocarse a la revisión de los argumentos que expone la persona que representa al Ministerio Público.

En este punto se debe destacar otro aspecto de mucha importancia: los(as) jueces(zas) penales en su mayoría no se deciden por la aplicación directa de la Teoría del Delito y sus elementos durante las fases preparatoria e intermedia. Lo anterior probablemente obedezca a que existe la falsa idea de que en las citadas etapas la ley prohíbe la valoración del "fondo" de la causa; sin embargo, se ha malinterpretado el alcance de la palabra "fondo".

Al estar claramente dividido el proceso penal en etapas, la discusión plenaria de los hechos y la participación del(a) imputado(a) ciertamente está reservada para la etapa de juicio donde se deben evacuar las pruebas útiles y pertinentes para aquellos efectos; sin embargo, esto no significa que el análisis de los estratos de la Teoría del Delito esté vedado durante las fases previas.

Cuando la ley prohíbe la valoración del "fondo" al(a) juez(a) penal, se refiere a que no le está permitido convertir las fases preparatoria e intermedia en pequeños juicios; empero, sí debe el/la juzgador(a) analizar las pruebas conforme a los parámetros de la sana crítica y aplicar la Teoría del Delito.

El numeral 282 del Código Procesal Penal dispone que la desestimación procede cuando el hecho denunciado no constituye un delito. Para que el/la juzgador(a) resuelva una solicitud del Ministerio Público basada en este supuesto, debe valorar los medios de prueba que consten en el expediente; pues su valoración necesariamente exige que pondere si el hecho en cuestión es o no una conducta humana voluntaria, si la acción u omisión se acopla o no a los elementos objetivos y subjetivos de algún tipo penal, si ha existido o no una causa de justificación, si la conducta del sujeto activó, lesionó o no —o puso en peligro o no— el bien jurídico tutelado, etc., según el o los fundamentos que invoque la representación fiscal en la solicitud de desestimación.

Nótese que la disconformidad procede no porque el/la juzgador(a) estime procedente la apertura a juicio, sino cuando considere, por ejemplo, que la conducta denunciada sí puede ser delictiva según el análisis de tipicidad. Lo anterior deja totalmente claro que el/la juez(a) penal tiene la obligación de aplicar la Teoría del Delito para ejercer su función, sin que ello

signifique que está resolviendo acerca del "fondo" de la causa; pues para determinar si una conducta es o no posiblemente delictiva, el/la juzgador(a) tiene que recurrir a los estratos de la Teoría del Delito.

Aquí es conveniente destacar un punto de mucha relevancia y es que muchos(as) operadores(as) del sistema penal costarricense estiman que cuando el/la juez(a) penal plantea una disconformidad está confundiendo los roles y se está convirtiendo en un(a) juez(a) inquisitivo(a) y está dejando de lado su rol de garante de la legalidad. Es el criterio de quien redacta que la posición de quienes piensan de esa forma es respetable pero incorrecta; ya que el artículo 274 del Código Procesal Penal indica que la finalidad de la etapa preparatoria es determinar si hay base para el juicio mediante la recolección de los elementos de prueba.

Al(a) juez(a) penal le está encomendada la función de controlar la legalidad del proceso, según ya se analizó; siendo que, frente a una solicitud de desestimación o sobreseimiento infundada —a criterio del juzgador— es su deber plantear una disconformidad; pues, por ejemplo, si el/la juez(a) penal estima que las afirmaciones de la Fiscalía no tienen respaldo en los medios de prueba, cuando decide disconformar no está asumiendo el rol de juez(a) inquisitivo(a) ordenando al Ministerio Público ciertos actos de investigación, sino que está tutelando aquella finalidad de la fase preparatoria al indicar que la petición del Ministerio Público es prematura, precisamente porque no se han recolectado las pruebas idóneas para fundar la resolución que se solicitó.

El/la juzgador(a) en estos casos no está ordenando actos específicos de investigación aunque eso parezca, ya que, lo que ha efectuado es una valoración racional de los medios de prueba para concluir que no es posible compartir las conclusiones de la persona que representa al Ministerio Público; lo cual significa que la petición es prematura y ello, lógicamente, implica que el órgano fiscal debe seguir con el ejercicio de la acción penal según estime conveniente para dar una correcta aplicación del citado artículo 274 de la ordenanza procesal penal.

En la práctica sucede que algunos(as) juzgadores(as) redactan el auto de disconformidad en tal forma que el control de legalidad más bien se asemeja a un compendio de órdenes dirigidas al Ministerio Público; siendo ello el motivo por el cual muchos han estimado que la disconformidad es un producto del obrar inquisitivo del órgano jurisdiccional.

Cuando la petición de la Fiscalía se refiere a un sobreseimiento definitivo, también la función del(a) juez(a) penal le exige la aplicación rigurosa del derecho sustantivo. Solo por mencionar algunos de los incisos del artículo 311 del Código Procesal Penal, se destacarán dos presupuestos de la sentencia de sobreseimiento definitivo.

Si el hecho denunciado no se acopla a la tipicidad de algún tipo penal, procede el sobreseimiento definitivo al igual que en el caso en que, a pesar de ser típica la acción u omisión, no se comprobó la antijuridicidad.

Ya se ha analizado la función del(a) juez(a) penal cuando de valorar la tipicidad se trata; siendo que, al ponderar la antijuridicidad también el/la juzgador(a) debe aplicar la Teoría del Delito y para ello ha de considerar los presupuestos de la causa de justificación que se invoque en el caso concreto y así valorar la hipótesis fáctica que plantea el Ministerio Público.

La intención de quien redacta —al destacar el uso de la Teoría del Delito por parte del(a) juez(a) penal— es que los(as) compañeros(as) juzgadores(as) que tengan acceso a este material lleguen a interiorizar la importancia que tiene su trabajo dentro del proceso penal y sean más estrictos(as) en la valoración de las solicitudes que llegan hasta sus manos. Ahora bien, ser estricto(a) no es sinónimo de arbitrario(a), intransigente o necio(a); ya que, la función jurisdiccional durante las etapas preparatoria e intermedia demanda la aplicación concienzuda

de la Teoría del Delito debido a que el/la juzgador(a) es quien controla la legalidad del proceso. Al(a) juez(a) penal le corresponde valorar si las solicitudes de las partes cumplen o no con los requisitos formales y sustanciales que prevé la ley; así como juzgar si se trata de peticiones congruentes con los principios constitucionales, que también forman parte de las fuentes de Derecho aplicables al proceso penal.

Otro aspecto que necesariamente se debe valorar cuando se estudia el tema de la disconformidad se trata del principio acusatorio y la independencia del(a) juzgador(a); puesto que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 302 del código de rito, si luego de que se planteó la disconformidad y se envió el expediente al(a) fiscal(a) adjunto(a), el/la juez(a) penal tiene el deber de dictar la resolución respectiva si el criterio del(a) fiscal(a) adjunto(a) fue respaldar la petición inicial del(a) fiscal(a) de rango inferior.

De conformidad con el principio acusatorio, está claro que en el proceso penal están claramente divididas las funciones de quien ejerce la acción penal y de quien administra justicia. Lo anterior es conforme a las apreciaciones expuestas al inicio de esta obra cuando se afirmó que la esencia de la función jurisdiccional del(a) juez(a) penal es el control de legalidad. Ahora bien, la independencia del(a) juzgador(a) es la principal garantía que tiene el/la ciudadano(a) de que los conflictos serán resueltos únicamente con apego al Derecho y la justicia según el criterio profesional de un(a) juez(a); sin embargo, en el caso expuesto el conflicto no está siendo resuelto según el criterio del(a) juzgador(a).

En efecto, si el/la fiscal(a) adjunto(a) apoya la decisión que inicialmente redactó el/la fiscal(a) de rango inferior, al(a) juzgador(a) no le queda otra opción más que dictar la desestimación o la sentencia de sobreseimiento definitivo pues la ley le impide dictar otra resolución. Nótese que prima el principio acusatorio y el control de legalidad dejó de ser ejercido por el/la juez(a) penal.

Ahora bien, surgen dos temas de lo analizado: uno es el rol del(a) fiscal(a) adjunto(a) y otro es la fundamentación de la desestimación y/o sentencia de sobreseimiento definitivo.

Cuando el/la legislador(a) previó que el/la fiscal(a) de rango superior pudiese apoyar la solicitud del(a) inferior y así determinar la procedencia de la desestimación o el sobreseimiento, si bien le quitó al(a) juzgador(a) el control de legalidad, este control no desaparece sino que es trasladado al(a) fiscal(a) adjunto(a); porque este(a) funcionario(a) judicial ha de valorar los argumentos del(a) subalterno(a) pero también los que plasmó el/la juez(a) penal en la resolución mediante la cual disconformó. Por esto, el/la fiscal(a) adjunto(a) debe aplicar con rigor el principio de objetividad que a sus funciones impone el numeral 63 del Código Procesal Penal y emitir un dictamen conclusivo debidamente fundamentado.

Finalmente, resta por valorar el tema de la fundamentación del auto de desestimación y la sentencia de sobreseimiento definitivo en el caso expuesto. El artículo 142 de la ordenanza procesal penal establece cuál es el contenido que debe tener todo auto y sentencia que dicten los Tribunales de Justicia. Esta norma no hace ninguna excepción; sin embargo, la valoración integral y armónica de las normas procesales hace que el caso bajo estudio sea un supuesto “sui generis” en el tema de la fundamentación.

Se ha afirmado que cuando el/la fiscal(a) adjunto(a) decide apoyar la solicitud del(a) fiscal(a) de rango inferior, ello obliga a que el/la juez(a) penal dicte la desestimación o el sobreseimiento definitivo. Lo anterior obedece, según se indicó, al traslado que ocurre del control de legalidad desde el despacho del(a) juzgador(a) hasta el escritorio del(a) fiscal(a) adjunto(a). Ahora bien, ello no significa que el órgano jurisdiccional tiene que olvidar lo que ya había decidido —al disconformar— y hacer suyos los argumentos del Ministerio Público.

Es cierto que el/la juzgador(a) puede variar su criterio y comulgar con las motivaciones de la Fiscalía, en cuyo caso así lo debe indicar en la redacción y fundamentar la resolución conforme al Derecho; sin embargo, si el/la juez(a) analiza la causa y mantiene su criterio, no se le puede obligar a que haga suyos los argumentos del Ministerio Público y fundamente la resolución de conformidad.

Una cosa es comprender que ha ocurrido un traslado del control de la legalidad y otra muy diferente es pretender que la gestión del(a) fiscal(a) adjunto(a) tiene la vocación de abolir el criterio del órgano jurisdiccional. Así las cosas, la fundamentación de una desestimación y un sobreseimiento definitivo en estos casos será aquella que en el aparte de la valoración probatoria, intelectual y jurídica remita al lector los argumentos que plasmó el Ministerio Público tanto en la solicitud inicial como en el libelo que habrá redactado el/la fiscal(a) de rango superior; siendo suficiente que el/la juzgador(a) ratifique el criterio vertido al emitir la disconformidad y, con fundamento en el artículo 302 del Código Procesal Penal, sentencie que la fundamentación de la desestimación o el sobreseimiento se encuentra en los argumentos de la Fiscalía.

Por último, se desea hacer una valoración del tema de los recursos. Aquí se analizará el régimen de acciones recursivas cuando se está frente a una resolución de desestimación y/o sobreseimiento definitivo, las cuales han sido dictadas luego de agotar el trámite de la disconformidad ya estudiado.

Si la víctima o parte ofendida formula un recurso de apelación contra la desestimación o el sobreseimiento definitivo, surgen dudas acerca de las facultades que tiene el órgano de alzada: ¿Acaso es posible que el tribunal penal revise nuevamente si la solicitud del Ministerio Público cumple con los requisitos de ley? La respuesta a esta pregunta es negativa; debido a que, frente al recurso de apelación el tribunal tiene el deber de resolver acerca de los agravios que haya deducido el/la recurrente; sin embargo, al existir un procedimiento legalmente instaurado para la disconformidad, no es posible que el tribunal penal valore la solicitud de la Fiscalía, ya que esa labor ha sido conferida al(a) juez(a) penal que ya agotó el trámite de la disconformidad.

El órgano jurisdiccional encargado de resolver la apelación lo debe hacer respecto de la resolución impugnada y no de la petición que en ella se resolvió, de manera que la opción indicada está fuera de las posibilidades legales frente a un recurso de apelación.

Otra duda que surge en el tema de los recursos es la amplitud que tiene el tribunal penal para revisar la resolución dictada por el a-quo luego del trámite de la disconformidad. Si el tribunal conoce acerca del fondo del asunto, surge entonces otro control jurisdiccional ajeno al trámite de la disconformidad que prevé la ley; puesto que, a pesar de que ya el/la fiscal(a) adjunto(a) ha ratificado la posición de la Fiscalía, el tribunal penal nuevamente estaría pronunciándose acerca del fondo.

Al respecto debe indicarse que la regla en materia de recursos debe ser aquella según la cual la víctima solo puede apelar por aspectos formales y no de fondo; siendo que, el tribunal tampoco tiene la potestad de revisar el fondo porque de hacerlo iría en contra del dictamen del Ministerio Público y se convertiría —ilegalmente— en superior jerárquico de la Fiscalía en contra del principio acusatorio. Esta solución no es novedosa ni original de quien redacta; en vista de que se trata de la síntesis del precedente que estableció el Tribunal de Casación Penal en la sentencia número 0311-2004.

Ahora bien, surge acá otra interrogante muy válida: ¿Qué pasa con los derechos de la víctima? Si la víctima puede apelar solo por motivos formales, se convierte la apelación en una burla para sus intereses o existe alguna justificación para que ello sea así. Quien redacta estima que los derechos de la víctima están plenamente tutelados en el trámite de la

disconformidad, pues lo que corresponde es agudizar la vista para observar los momentos en que el fondo del asunto es celosamente analizado.

En primer lugar, nótese que al emitir el auto de disconformidad el/la juez(a) penal hace una valoración del fondo del asunto; así, cuando el expediente llega a manos del(a) fiscal(a) solicitante, este(a) nuevamente estudia el asunto ahora tomando en consideración los argumentos que expuso el juzgado penal. En caso de que el/la fiscal(a) reitere su gestión y el/la juez(a) penal envíe los autos a la Fiscalía Adjunta, opera una nueva revisión del fondo de la causa; ya que el/la fiscal(a) de rango superior valora las motivaciones que expuso el/la fiscal(a) junto con los argumentos propios del órgano jurisdiccional para tomar una decisión final.

Nótese entonces que el control de legalidad en lo que respecta al fondo del asunto está garantizado a lo largo del trámite de la disconformidad; de este modo, si se impide a la víctima apelar por motivos sustanciales, esto no significa que se ha desprotegido sus intereses, sino que más bien obedece a la necesidad de dar vigencia real al principio acusatorio.

Ahora bien, cuando se abordó el tema de la fundamentación que ha de hacer el/la juez(a) penal luego de que el/la fiscal(a) adjunto(a) ratifica la petición del(a) fiscal auxiliar, se indicó que esto tenía razón de ser en el principio acusatorio. Debe añadirse a ello que la regulación legal del tema de la disconformidad realmente ha buscado equilibrar los principios acusatorio y de independencia del(a) juzgador(a); porque se prevén los mecanismos de control de legalidad junto a la aplicación real del principio acusatorio.

Sucede lo mismo en el tema de la apelación, donde, lejos de cercenar derechos a la víctima al no permitir su acción recursiva por el fondo, lo que ocurre es que se han conciliado nuevamente los principios indicados con el fin de que el proceso penal culmine con una resolución a través de la cual se verifique que se cumplió el procedimiento legalmente establecido para el trámite de la disconformidad, y ello tiene su fundamento en la protección de los intereses de la víctima en el marco del bloque de legalidad que han de observar jueces(zas) y fiscales(as) en este tema.

En síntesis, el/la juez penal que tiene a su cargo las etapas preparatoria e intermedia del proceso ha de comprender que ejerce un papel esencial pues en sus hombros tiene la carga de proteger los derechos, libertades y principios que legal y constitucionalmente están vigentes. El/la juzgador(a) debe ser estricto en la valoración de los casos que llegan a su conocimiento y ello tan solo significa que se debe aplicar la ley con firmeza y valentía. Lo anterior no constituye un obstáculo para el avance del proceso sino una garantía de su validez, de su pureza, de su legalidad. Además, al(a) juzgador(a) corresponde hacer suya la Teoría del Delito y utilizarla todos los días sin temor alguno pues solamente así será un(a) verdadero(a) juez(a) penal.

En lo que respecta a la disconformidad, la práctica permite afirmar que es poco utilizada; sin embargo, se debe recurrir más a esta figura para que se garantice el imperio de la ley en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, del cual son titulares todas las personas que acuden al proceso penal. Para la correcta aplicación de la figura de la disconformidad hay que entender que procede no solo cuando el/la juez(a) penal "*considerare procedente la apertura a juicio*"; sino cuando estima que no concurren los presupuestos legales que autorizan la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

Hay que mejorar el proceso penal y eso significa eliminar los vicios que causan actividad procesal defectuosa —relativa y absoluta— y elevar el nivel de discusión jurídica, pero para hacerlo se requiere de jueces(zas) penales valientes y decididos(as) a ejercer un estricto control de la legalidad del proceso. De esta forma, todas las partes serán más celosas del avance de los procedimientos y se esforzarán aún más por hacer uso del derecho

sustantivo. Todo ello se traducirá en una justicia de mayor calidad de la cual todos(as) seremos beneficiarios(as), pero especialmente aquellos(as) que acuden a los Tribunales de Justicia en busca de justicia pronta y cumplida.

## **La audiencia preliminar**

**Por Rafael Gullock Vargas\***

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Conclusión del procedimiento preparatorio. 3. Ofrecimiento y valoración de la prueba. 4. Asistencia de las partes a la audiencia preliminar. 5. La audiencia preliminar. 6. Decisión final del(a) juez(a) de la etapa intermedia. 7. El auto de apertura a juicio. 8. Contenido del auto. 9. La prueba. 10. Solicitud de realizar el debate en dos fases. 11. La acción civil resarcitoria. 12. Las medidas cautelares. 13. Conclusiones y consideraciones finales.

### **1. Introducción**

En el año de 1996, fue aprobado en Costa Rica mediante Ley 7594 del 10 de abril de 1996, y publicado en la Gaceta 106 del 4 de junio de ese mismo año, el Código Procesal Penal, en sustitución del Código de Procedimientos Penales de 1973. Dicho código entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1998.

Con la entrada en vigencia de dicho código se pasa de un sistema procesal mixto a un sistema eminentemente acusatorio<sup>91</sup>. La numeración de las citas no puede ser corrida sino por cada artículo o ensayo. Dentro de las principales novedades se encuentra el hecho de que la investigación preliminar pasa a manos del Ministerio Público, se establece el principio de

---

\* Doctor en Derecho Penal, profesor universitario y juez de juicio.

<sup>91</sup> No es un sistema acusatorio puro, como en el sistema anglosajón, pues conserva resabios inquisitivos. Así: Tribunal de Casación Penal, resolución 2007-1161 de las 10:30 horas del 05 de octubre de 2008, donde puede leerse: “Entre esos institutos figuran, por ejemplo, la posibilidad de que el juez de juicio condene pese a la solicitud de absolutoria fiscal (que, aunque es deseable que no pueda ser así, no hay ninguna norma que considere esa solicitud de absolutoria como un desistimiento ni que vincule al tribunal a esa petición y, por el contrario, el principio constitucional de independencia judicial obliga al juzgador a valorar la prueba más allá de las conclusiones de las partes, que no le son vinculantes), el hecho de que el tribunal pueda recalificar los hechos acusados pese a que el Ministerio Público no lo haya solicitado (artículo 365 párrafo segundo CPP), el que el tribunal advierta sobre otra posible calificación legal mientras se realiza el debate (artículo 346 CPP), o pueda imponer una sanción más grave que la solicitada (artículo 365 CPP), el instituto de la prueba para mejor resolver (artículo 355 CPP), la reapertura del debate (artículo 362 CPP), la posibilidad del tribunal de interrogar (artículo 352 CPP), la indicación de que ha de buscarse la verdad real de los hechos (artículo 180 CPP), la posibilidad de que el juez de la etapa intermedia admita prueba de oficio (artículo 320 CPP), el instituto de la disconformidad (artículo 302 CPP), etc.. Inclusive la misma Sala Constitucional recientemente (voto N0 9017-06) ha aceptado que el juez, de oficio, pueda disponer la prisión preventiva del encartado rebelde lo que es una muestra en aquel sentido pues la declaratoria de rebeldía, en sentido estricto, sólo faculta a que se emita la captura pero una vez ejecutada ésta, en un modelo acusatorio puro, sería el acusador quien tiene que solicitar —o no— la aplicación de medidas cautelares. De igual modo ha aceptado que el tribunal dicte, oficiosamente medidas cautelares en ciertos casos (votos N0 13669-2005 y N0 2031 -2006). Aunque, de lege ferenda, sería deseable que el modelo se depurara en esos aspectos, es lo cierto que lege data tales institutos están vigentes y deben ser aplicados, salvo que se viole el principio de imparcialidad, lo que deberá analizarse caso por caso y no —mientras subsistan aquellas posibilidades— mediante fórmulas generales”.

oportunidad mediante el cual el/la fiscal(a) puede solicitar al(a) juez(a) la suspensión o el archivo de la causa a favor del(a) imputado(a) o que se prescinda parcial o totalmente de la persecución penal; se establece la posibilidad de que en ciertos casos la acción pública pueda convertirse en privada; se modifican las causales de extinción de la acción penal; se instauran medidas alternativas a la solución del conflicto y procedimientos especiales como el procedimiento abreviado, sin necesidad de realizar el juicio oral y público, quedando siempre en manos del(a) juez(a), la decisión final.

## 2. Conclusión del procedimiento preparatorio

La investigación durante la etapa preparatoria llevada a cabo por el Ministerio Público o el querellante en delitos de acción pública, normalmente culmina con la requisitoria, que el órgano acusador eleva ante el/la juez(a). Esta petición incluye, entre otras, la acusación y apertura a juicio, desestimación, solicitud de sobreseimiento, aplicación de un criterio de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, reparación integral del daño, aplicación del procedimiento abreviado y conciliación. Una vez ingresada la causa ante el/la juez(a) de la etapa intermedia, este(a) debe avocarse al conocimiento de la petición formulada y solo en caso de que se requiera deberá convocar a la realización de la audiencia preliminar.

Por otra parte, se hace necesaria la realización de una audiencia, cuando la petición se refiera a una suspensión del proceso a prueba<sup>92</sup>; toda vez que el/la imputado(a) debe aceptar libre y voluntariamente los hechos y la víctima debe estar de acuerdo con la aplicación de este instituto<sup>93</sup>. Lo mismo sucede en el caso de la reparación integral que, además de que requiere el consentimiento de la víctima o el Ministerio Público, el/la imputado(a) igualmente debe aceptar su aplicación, y el hecho de que por cinco años no podrá ser beneficiado(a) por este instituto ni por una suspensión del proceso a prueba, de lo cual se llevará un archivo en el registro judicial para tales efectos.

## 3. Ofrecimiento y valoración de la prueba

Según dispone el artículo 316 del Código Procesal Penal, siempre que se formule una acusación o querrela, aunque haya otras requisitorias, deberá realizarse una audiencia preliminar; para lo cual el/la juez(a) de la etapa intermedia notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y evidencias reunidas durante la investigación, para que sean examinadas por un plazo de cinco días. Igualmente convocará a las partes para la realización de dicha audiencia, la cual deberá realizarse en un plazo entre diez y veinte días.

Dentro del plazo de cinco días<sup>94</sup>, las partes podrán objetar la requisitoria del Ministerio Público o el querellante, tanto por aspectos formales como sustanciales; oponer excepciones<sup>95</sup>; solicitar el dictado de un sobreseimiento definitivo o provisional; proponer alguna medida alternativa a la solución del conflicto, o la aplicación del procedimiento

---

<sup>92</sup> En sentido contrario, Llobet Rodríguez, Javier, “Proceso Penal Comentado”, Ed. Jurídica Continental, 3 ed, San José, 2006, pág 404.

<sup>93</sup> Sobre el particular indica el artículo 25 del Código Procesal Penal: “*Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba. En audiencia oral, el tribunal oírá sobre la solicitud del fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar*”.

<sup>94</sup> Art. 317 del C.P.P.

<sup>95</sup> “[...] la excepción es el modo procesal de introducir en la discusión una defensa parcial circunscripta, de modo de provocar una decisión directa sobre esa defensa” Cfr. Binder, 1993, pág 226.

abreviado; ofrecer con la debida motivación la prueba que sustenta la requisitoria e igualmente la prueba necesaria que deba ser analizada durante la audiencia. Esto con el fin de que el/la juez(a) a la hora de resolver cuente con los suficientes elementos que le permitan tomar una decisión. Para ello necesariamente deberá valorar la prueba ofrecida por las partes.

Sin embargo aquí hay que hacer algunas distinciones. Dado que en la etapa intermedia lo que existe es un juicio de probabilidad con respecto a la comisión de un hecho delictivo y a la participación del(a) imputado(a) en ese hecho, la prueba ofrecida por el Ministerio Público y/o el querellante está referida a acreditar tal hecho. Por su parte la defensa ofrecerá prueba, entre otras razones, para determinar la existencia de una causa extintiva de la acción penal o la posibilidad de aplicar una medida alternativa<sup>96</sup>, o bien para acreditar la falta de fundamento de la acusación o procurar una modificación de la imputación<sup>97</sup>. Pero además este sería el momento propicio para alegar la existencia de una causa de exculpación o de justificación, y analizar la prueba que sustente dicho alegato<sup>98</sup>.

De no ser así, no tendría sentido que durante la audiencia preliminar el/la imputado(a) pueda declarar ante el/la juez(a) de la etapa intermedia y que este(a) no deba valorar dicha declaración y resolver, por ejemplo, ante una alegada causa de justificación. Con ello se quiere hacer hincapié en que durante la fase intermedia no es suficiente el control desde el punto de vista formal, o sea en el cumplimiento de los requisitos de la requisitoria y otros aspectos relativos al cumplimiento de las formalidades del procedimiento; sino que además debe realizarse un control sustancial que permita analizar si la requisitoria tiene fundamento; su correcta calificación legal, que en todo caso es provisional, hasta que de manera definitiva se establezca en sentencia.

#### 4. Asistencia de las partes a la audiencia preliminar

Entre los sujetos que deben asistir obligatoriamente a la audiencia preliminar, están el/la fiscal(a) y el/la defensor(a).

Si bien es cierto el/la defensor(a) particular puede renunciar a la defensa técnica de su patrocinado(a), su renuncia no se tendrá por aceptada hasta tanto intervenga el/la nuevo(a) defensor(a). Para ello deberá dársele un plazo razonable al(a) imputado(a) para que realice tal designación; en el caso contrario, se le nombrará un(a) defensor(a) público(a). Tampoco se permite la renuncia del(a) defensor(a) durante las audiencias o una vez que se ha notificado el señalamiento de alguna de ellas.

Por su parte, el/la querellante es un(a) acusador(a) particular, que requiere el patrocinio de letrado(a). Su requisitoria debe cumplir, en lo posible, con los mismos requisitos de la acusación<sup>99</sup>. Es importante indicar que en primera instancia corresponde al Ministerio Público<sup>100</sup> rechazar la constitución de querellante en aquellos casos en que no se encuentre

---

<sup>96</sup> Así, González Alvarez, 2007, pág. 449.

<sup>97</sup> Así, Sala Constitucional, resolución 2939-99 de las 09:30 horas del 23 de abril de 1999.

<sup>98</sup> Jurisprudencialmente se ha dicho que no corresponde a la defensa probar la existencia de una causa de justificación, así Tribunal de Casación Penal, resolución 2008-158 de las 08:40 horas del 15 de febrero de 2008, donde puede leerse: “[...] constituye una inversión de la carga de la prueba exigirle a la defensa acreditar sus alegatos pues el encartado goza de un estado de inocencia, garantizado constitucionalmente y por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por lo que es al Ministerio Público o querellante a quien compete desvirtuarlo por completo pues, ante la mínima duda (que puede surgir ante un dicho suyo aún ayuno de prueba alusivo a cualquiera de los estratos de la teoría del delito), debe resolverse a su favor [...]”

<sup>99</sup> Art. 303 del C.P.P.

<sup>100</sup> Art. 77 del C.P.P.

dentro de las personas legitimadas<sup>101</sup>. No obstante, la parte interesada dentro del tercer día podrá interponer recurso de apelación<sup>102</sup> ante el/la juez(a) de la etapa preparatoria, por causar dicha decisión un gravamen irreparable<sup>103</sup>.

Su asistencia a la audiencia preliminar no es obligatoria, pero en caso de que no se presente, igualmente se realizará. De no justificarse la incomparecencia, el/la juez(a) de oficio, o a petición de parte, declarará tácitamente desistida la querrela, y contra lo resuelto únicamente cabe recurso de revocatoria<sup>104</sup>.

El/la actor(a) civil puede igualmente asistir a la audiencia preliminar, sin que su incomparecencia sea motivo para suspenderla. Para este momento ya debe haber concretado sus pretensiones civiles<sup>105</sup>, así como la clase y forma de reparación que demanda, y ha liquidado de forma provisional el monto de los daños y perjuicios que estima haber sufrido. Esto quiere decir que en caso de que no haya concretado sus pretensiones en el momento procesal oportuno, no podrá realizarlo durante la audiencia preliminar, pues en tal caso habría que declarar tácitamente desistida la Acción Civil.<sup>106</sup>

Tampoco es obligatoria la asistencia del(a) demandado(a) civil que haya sido notificado(a) de la existencia de la acción civil, quien en todo caso puede apersonarse al proceso en cualquier momento.<sup>107</sup>

En lo que respecta al(a) imputado(a), su asistencia no es obligatoria, pues en caso de ausencia, igualmente está representado(a) por su defensor(a) de confianza o el/la asignado(a) por el estado. Sin embargo, más allá de que su comparecencia sea facultativa, lo cierto es que su presencia sí es necesaria cuando exista la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la solución del conflicto, o bien el/la endilgado(a) esté interesado(a) en someterse al procedimiento abreviado; pues a excepción de la reparación integral, no es posible aplicar ninguna medida alternativa, una vez que la causa ha sido elevada a juicio.

## **5. La audiencia preliminar**

La audiencia preliminar es oral y privada, no está imbuida de los formalismos del juicio, lo cual no significa que sea del todo informal. Es presidida por el/la juez(a), quien dará la palabra a cada una de las partes en el orden establecido: Querellante, Ministerio Público, Actor(a) Civil, Defensor(a), Demandado(a) Civil. Si la víctima se encuentra presente también se le dará la palabra y por último al(a) imputado(a), quien incluso, si así lo estima necesario, puede declarar en ese momento. También durante la audiencia puede recabarse prueba que sea necesaria para que el/la juez(a) tome una decisión.

## **6. Decisión final del(a) juez(a) de la etapa intermedia**

---

<sup>101</sup> Art. 75 del C.P.P.

<sup>102</sup> Art. 437 del C.P.P.

<sup>103</sup> Gravamen irreparable: entendiéndose por gravamen irreparable el que causa una resolución que, una vez consentida, sus efectos son susceptibles de subsanarse o enmendarse en el curso ulterior del proceso, causarían entonces, gravamen irreparable, aquellas resoluciones cuando tienen por extinguido el ejercicio de una facultad o un derecho procesal. Cfr. Vescovi. 1988, p. 129).

<sup>104</sup> Art. 79 del C.P.P.

<sup>105</sup> Art 308 del C.P.P.

<sup>106</sup> Art 117, párrafo 2° del C.P.P.

<sup>107</sup> Art. 120 del C.P.P.

Una vez finalizada la audiencia preliminar, el/la juez(a) de inmediato pasará a resolver todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo complejo del asunto o lo avanzado de la hora difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas.

El/la juez(a) penal tiene una amplia gama de posibilidades de resolver el asunto sometido a su conocimiento, dependiendo de cada caso. Inicialmente puede ser que se resuelva a través de una medida alternativa a la solución del conflicto, como la suspensión del procedimiento a prueba<sup>108</sup>, la conciliación<sup>109</sup>, el pago máximo de la multa<sup>110</sup>; reparación integral del daño<sup>111</sup>; o bien analizará la acusación o querrela para determinar si hay base para elevar la causa a juicio<sup>112</sup>. Puede además desestimar la causa<sup>113</sup>; dictar un sobreseimiento definitivo<sup>114</sup>, un sobreseimiento provisional<sup>115</sup>; aplicar un criterio de oportunidad<sup>116</sup>; admitir la aplicación del procedimiento abreviado<sup>117</sup>; así como la tramitación compleja<sup>118</sup>.

También deberá pronunciarse sobre las excepciones planteadas<sup>119</sup> y ordenará los anticipos de prueba que se requieran<sup>120</sup>. En caso de que se eleve la causa a juicio, y a petición del(a) imputado(a), ordenará la realización del debate en dos fases<sup>121</sup>: resolverá sobre la admisión del(a) Actor(a) Civil<sup>122</sup> y se pronunciará entorno a las medidas cautelares<sup>123</sup>. Le corresponderá igualmente admitir la prueba pertinente, ordenando incluso de oficio la que resulte esencial para el debate. Rechazará aquella que considere evidentemente abundante o innecesaria.

## 7. El auto de apertura a juicio

Una de las críticas más concurrentes que se les hace a los(as) jueces(zas) de la etapa intermedia es el hecho de que les resulta más fácil dictar un Auto de Apertura a Juicio, que realizar un análisis profundo de la causa y tomar otra decisión, como el dictado del sobreseimiento. Efectivamente, se requerirá de un análisis profundo de la causa para dictar un sobreseimiento definitivo cuando corresponda, en tanto que para el auto de apertura a juicio se exige un grado de probabilidad en cuanto a la comisión de un hecho delictivo y la participación del(a) imputado(a) en ese hecho. Sin embargo, llegados a este punto, hay que desterrar algunos mitos, por ejemplo que el auto de apertura a juicio no requiere de fundamentación. Su mismo nombre determina que es un auto, lo cual implica que el/la juez(a) debe realizar un acto de valoración.

---

<sup>108</sup> Arts. 25-29 C.P.P.

<sup>109</sup> Art 36. C.P.P.

<sup>110</sup> Art. 30 inciso c) C.P.P.

<sup>111</sup> Art. 30 inciso j. C.P.P.

<sup>112</sup> Arts. 321-323. C.P.P.

<sup>113</sup> Art. 282. C.P.P.

<sup>114</sup> Art. 311. C.P.P.

<sup>115</sup> Art. 314. C.P.P.

<sup>116</sup> Arts. 22-24 C.P.P.

<sup>117</sup> Arts. 373-374. C.P.P.

<sup>118</sup> Art. 376-379. C.P.P.

<sup>119</sup> Arts. 42-44, 115 párrafo 2º, 317 inciso b. C.P.P.)

<sup>120</sup> Art. 293. C.P.P.

<sup>121</sup> Art. 323. C.P.P.

<sup>122</sup> Art. 115. C.P.P.

<sup>123</sup> Arts. 239-244.C.P.P.

Por otro lado, el Código Procesal exige una adecuada fundamentación del(a) juez(a).<sup>124</sup> Tanto es así que incluso podría haber una solicitud del Ministerio Público de sobreseimiento y otra del querellante para que la causa se eleve a juicio, de modo que el/la juez(a) debe decidir por una de estas dos opciones. Si admite la petición del Ministerio Público, rechazará la querrela y dictará una sentencia de sobreseimiento, lo cual requiere de un profundo acto de valoración en relación con los presupuestos que permiten dictar este tipo de sentencias. En caso contrario, la causa se elevará a juicio únicamente con la requisitoria del(a) querellante, quien continuará en forma exclusiva ejerciendo la acción penal; en cuyo caso el Ministerio Público no tendrá que intervenir de forma obligatoria en esta otra etapa y también en este caso deberá plasmar los razonamientos que lo llevan a resolver de esa manera. Además, sea una resolución o un auto, la sanción procesal por su falta de fundamentación es su ineficacia.

## 8. Contenido del auto

Habiendo sido llevada a cabo la audiencia preliminar y analizada la procedencia de la acusación formulada por el Ministerio Público o el/la querellante, sin que se hayan dado las circunstancias procesales exigidas para resolver el conflicto por otros medios; el/la juez(a) debe determinar si en la especie hay bases suficientes para decretar la apertura a juicio oral y pública, y de ser así ordenará la Apertura a Juicio<sup>125</sup>. La acusación puede ser admitida de forma íntegra en lo relativo a los hechos o bien de forma parcial; en cuyo caso el/la juez(a) igualmente deberá emitir un pronunciamiento en relación con los hechos no elevados a juicio. Tales circunstancias pueden presentarse, por ejemplo, cuando se acusan varios hechos realizados en concurso material y con respecto a algunos de ellos no existe suficiente prueba o bien no se le puede atribuir tales hechos al(a) imputado(a) y por consiguiente se debe dictar un sobreseimiento definitivo.

De seguido deberá pronunciarse sobre las excepciones planteadas<sup>126</sup>, los anticipos de prueba que correspondan, y sobre la separación o acumulación de juicios<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Reza el artículo 142 del C.P.P. “Fundamentación. Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba.

*La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.*

*No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.*

*Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces”.*

<sup>125</sup> Conforme al principio de taxatividad de los recursos que establece el artículo 422 del Código Procesal Penal, que dispone que las resoluciones judiciales solo son impugnables por los medios y en los casos expresamente establecidos, hay que indicar que la apertura a juicio no tiene recurso previsto. Sin embargo, hay decisiones dentro del mismo auto, que sí son susceptibles de ser recurridas, como por ejemplo el rechazo de prueba o lo resuelto con respecto a medidas cautelares.

<sup>126</sup> Sobre las excepciones, el Tribunal de Casación Penal señaló en el voto 505-1999, “[...] Una observación del Código Procesal Penal, permite determinar con claridad, que el término excepciones se reservó para aludir a los incidentes que cuestionan los procedimientos, su objeto es el proceso. Así, el capítulo III del título II de dicho ordenamiento, se titula «Excepciones»; dentro de ese acápite se encuentra el artículo 42 que las enumera lo relativo a la competencia y a la acción —excepciones formales propiamente—, así como a la extinción de la acción penal que es una excepción formal-perentoria. Lo relativo a la existencia y consumación del hecho, autoría y participación criminal, atipicidad, justificación o permiso e inculpabilidad, se reservó para los planteamientos de fondo durante la fase intermedia (artículo 311) y el debate. Superada la determinación de los conceptos, debe tocarse el sistema de defensas y excepciones [...]”

Sobre los hechos que haya admitido, emplaza a las partes para que, dentro del término de cinco días, concurren ante el Tribunal de Sentencia que por turno corresponda, e indique el lugar o la forma de recibir notificaciones. Luego de ello remitirá al Tribunal las diligencias, los legajos de pruebas e investigación, los legajos de medidas cautelares, los documentos y otros.

## 9. La prueba

En un sistema eminentemente acusatorio como el de Costa Rica, la actividad probatoria le corresponde a las partes y excepcionalmente al(a) juez(a), esto se deriva del mismo artículo 320 del C.P.P que dispone que el/la juez(a) puede ordenar prueba para que sea recibida en juicio, cuando alguna de las partes haya actuado negligentemente y provenga de actuaciones ya realizadas. La prueba que debe admitir el/la juez(a) es aquella pertinente a esto: debe estar relacionado directa o indirectamente con los extremos objetivo y subjetivo de la imputación delictiva o con cualquier circunstancia jurídicamente relevante del proceso.<sup>128</sup> La pertinencia atañe, en consecuencia, a la relación existente entre determinado hecho o circunstancia que se pretende acreditar con el elemento de prueba utilizado para ello.<sup>129</sup>

Asimismo, rechazará la que considere abundante o innecesaria. Al igual que la impertinencia, la superabundancia de prueba tiene que ser “evidente”, según lo exige expresamente el artículo 320 del C.P.P.; a fin de no incurrir en arbitrariedades<sup>130</sup>. La calificación de la prueba que debe realizar el/la juez(a) está relacionada con el hecho a verificar, y la cantidad y calidad de elementos con los que se pretende comprobarlo; en tanto que la superabundancia no reside en cada elemento considerado en forma individual, sino más bien en la cantidad de ellos<sup>131</sup>.

La experiencia de los últimos años nos ha enseñado que, en lo relativo a la calificación de la prueba por parte del(a) juez(a) de la etapa intermedia, se ha convertido en un aspecto de fractura, sin que se haya llegado a un punto medio; pues mientras que unos limitan de forma acentuada la prueba, otros, quizá la mayoría, no solo no califican la prueba, sino que se limitan a indicar que se acepta toda la prueba ofrecida. Y esto repercute en juicios más largos, debiéndose recibir todo tipo de prueba que en algunos casos ni siquiera tiene que ver con el objeto del proceso o está excesivamente repetida. Recordemos que a las partes se les sanciona con la inadmisibilidad en caso de no motivar qué es lo que se pretende probar con determinado medio de prueba<sup>132</sup>, de modo que el/la juez(a) debe de analizar si efectivamente dicha prueba es pertinente y necesaria.

---

<sup>127</sup> Art. 50-53 C.P.P.

<sup>128</sup> Maier, op. cit., p. 579. “Existe pertinencia —señala Clariá Olmedo, op. cit., p.27— con relación a la prueba que persiga la construcción o destrucción de un elemento probatorio pertinente como la credibilidad o la falsedad de un testimonio o una pericia”. De igual forma, los elementos de prueba pueden referirse a circunstancias de naturaleza estrictamente procesal, como lo son el peligro de fuga u obstaculización — arts. 239-241 CPP-.

<sup>129</sup> Cafferata Nores, op. cit., p. 20; CLARIA OLMEDO, op. cit., p. 27; Llobet Rodríguez, op. cit., pp. 454-455, 655. Señala el art. 183 CPP que “para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de averiguación y deberá ser para descubrir la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes [...] El tribunal del procedimiento intermedio —art. 320 CPP— admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria”.

<sup>130</sup> Art. 320 CPP. En este sentido: Cafferata Nores, op. cit., p. 37; Clariá Olmedo, op. cit. p. 12; Llobet Rodríguez, op. cit., p. 655.

<sup>131</sup> Cfr, M. Jauchen, 1992, p. 18.

<sup>132</sup> Cfr, art. 304 del C.P.P.

Tanto la admisión arbitraria de prueba, como el rechazo de esta, tienen recurso de revocatoria ante el/la mismo(a) juez(a). Al ser la audiencia oral, en caso de que el/la juez(a) resuelva de una vez, dicho recurso será presentado en forma oral<sup>133</sup>; pero, en el caso contrario, deberá presentarse dentro del plazo de tres días.

Sin embargo, en caso de que la decisión del(a) juez(a) en rechazar algún elemento de prueba sea definitivo, la parte afectada por el rechazo de prueba<sup>134</sup> puede reiterar la solicitud de recibo ante el tribunal de juicio como prueba para mejor resolver.

A pesar de que el Código señala claramente que no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código<sup>135</sup>, si el/la juez(a) no califica adecuadamente la prueba admitida para juicio, su decisión deviene en falta de fundamentación. Según dispone el artículo 142 del Código Procesal Penal, las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. La referida norma establece que la fundamentación debe contener las razones de hecho y de derecho en que sustenta la decisión, así como la indicación de los medios de prueba en que se basa.

En consonancia con lo anterior, el artículo 184 del mismo código exige que los(as) jueces(zas) asignen el valor correspondiente a cada una de las pruebas, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica; debiendo exponer y justificar adecuadamente las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de todos los elementos de juicio que resulten esenciales.

En ese sentido, en caso de que el/la juez(a) no califique la prueba que está admitiendo para el juicio, perfectamente el auto de apertura a juicio podrá ser declarado ineficaz por parte del tribunal de alzada y devuelto a fin de que se cumpla con la omisión apuntada.

A primera vista, esta forma de actuar se podría interpretar como un retraso en la tramitación de la causa, pero por el contrario, es una garantía para todas las partes de conocer con qué prueba se van a enfrentar en juicio y, por otro lado, se le exige al(a) juez(a) de la etapa intermedia que cumpla debidamente su función de contralor(a) del proceso.

## 10. Solicitud de realizar el debate en dos fases

La cesura<sup>136</sup> es la posibilidad de que el debate se realice en dos fases: en la primera de ellas se resolverá lo relativo a la existencia de culpabilidad y en la segunda fase corresponderá determinar la individualización de la pena y las consecuencias civiles. Este procedimiento puede ser solicitado por el/la imputado(a) o su defensor(a), dentro del emplazamiento de los cinco días a que hace referencia el artículo 322 del C.P.P. Luego, corresponde al(a) juez(a) de la etapa intermedia pronunciarse sobre esto y, en caso de ser acogido, el tribunal de juicio deberá tomar las previsiones necesarias a fin de que el juicio oral y público se realice en la precitada forma. Este procedimiento es relativamente poco utilizado y en muchos casos aunque ha sido peticionado oportunamente y ordenado por el/la juez(a) de la etapa intermedia, a la hora de realizar el debate, el/la imputado(a) o su defensor(a) prescinden de este, lo que provoca que su utilización sea sumamente limitada.

## 11. La acción civil resarcitoria

---

<sup>133</sup> Art. 427. C.P.P.

<sup>134</sup> Art. 355 del C.P.P.

<sup>135</sup> Art. 179 del C.P.P. Principio de convalidación o preclusión procesal. Etapas precluidas.

<sup>136</sup> Art. 323. C.P.P.

El/la juez(a) penal debe resolver las oposiciones que haya en cuanto a la intervención del(a) actor(a) civil, así como la aceptación de este último en caso de que se cumpla con todos los requisitos. En caso de que se acepte al(a) actor(a) civil como parte, su intervención no podrá discutirse nuevamente<sup>137</sup>. Igualmente deberá pronunciarse en relación con la intervención del(a) demandado(a) civil.

La intervención del(a) actor(a) civil está limitada ha acreditar la existencia del hecho, así como a sus autores y partícipes; también deberá demostrar el vínculo con el/la tercero(a) civilmente demandado(a), y la existencia, extensión y cuantificación de los daños y perjuicios cuya reparación pretenda. Además solo podrá recurrir a las resoluciones que le resulten desfavorables, únicamente en lo concerniente a la acción por él/ella interpuesta. Todo ello permite que durante la audiencia preliminar las partes se pongan de acuerdo en cuanto a las pretensiones civiles, dado su carácter accesorio<sup>138</sup> o, caso contrario, estos temas quedarán para la etapa de juicio.

## 12. Las medidas cautelares

Es común que para el momento de realizarse la audiencia preliminar, al(a) imputado(a) se le hayan interpuesto medidas cautelares, o incluso esté privado(a) de libertad. El/la juez(a), al momento de elevar la causa a juicio, deberá necesariamente pronunciarse sobre dichas medidas, si se mantienen, se levantan o sustituyen; pero igualmente puede suceder que hasta ese momento el/la imputado(a) no tenga ninguna medida cautelar, pero que por alguna circunstancia en particular sea necesario decretar alguna medida. En tal caso el/la juez(a) deberá dictar una resolución fundada en relación con los motivos y la necesidad procesal de proceder en tal sentido; pues a pesar de que dichas medidas se dicten dentro del auto de apertura a juicio, esto es susceptible de ser recurrido por medio del recurso de revocatoria y el de apelación, ya que son medidas que restringen la libertad de un(a) imputado(a).

Una vez dictado el auto de apertura a juicio y resueltas las peticiones, se remiten los autos al Tribunal de Juicio, para que este señale hora y fecha para el contradictorio<sup>139</sup>. El Tribunal de Juicio únicamente puede convocar a debate, pero no dirimir aspectos que son propios de la etapa intermedia y que ya fueron discutidos en su momento procesal oportuno, pues dicha posibilidad ha quedado precluída<sup>140</sup>.

## 13. Conclusiones y consideraciones finales

El/la legislador(a) ha depositado en las manos del(a) juez(a) penal una gran responsabilidad con respecto a los procesos que son sometidos a su conocimiento. A pesar de que nuestra normativa procesal no es totalmente acusatoria, el papel del(a) juez(a) durante la investigación ha quedado supeditado a intervenir solo en aquellos casos en que la ley así lo

---

<sup>137</sup> Art. 115. C.P.P.

<sup>138</sup> Cfr. Art 40 del C.P.P.

<sup>139</sup> Art. 324. C.P.P.

<sup>140</sup> No puede entonces equipararse el Auto de Apertura a Juicio con la Apertura del Debate regulado en el artículo 341 del Código Procesal Penal, pues esta última consiste "en la constatación de las mínimas condiciones de validez del debate y en la fijación con precisión de su objeto. Por tal razón, uno de los actos iniciales es la lectura de la acusación y de auto de apertura a juicio. Estos son los instrumentos que "fijan" sobre qué se va a discutir. Esta fijación del objeto del debate no es simplemente informativa; al contrario, como ya hemos visto, cumple una función principal, ligada a lo que se denomina "principio de congruencia", la sentencia solo podrá versar sobre los puntos de hecho fijados en la acusación y el auto de apertura a juicio [...]" (Así, Binder M.1993, p. 240).

requiere, como por ejemplo para realizar un allanamiento u ordenar una intervención telefónica.

Distinto es el caso del(a) juez(a) de la etapa intermedia, pues a este(a), de forma objetiva e imparcial, le corresponde realizar un examen profundo de las actuaciones realizadas durante la etapa de investigación y determinar si en el caso en particular, ante una acusación presentada por el Ministerio Público o el/la querellante, existen bases suficientes para elevar la causa a juicio. Es una decisión de índole jurisdiccional, que debe ser tomada luego de un serio y profundo análisis, pues el hecho de enviar una causa a juicio, aunque posteriormente sea declarada absuelta, no deja de tener implicaciones negativas en la vida de la persona, tales como el sufrimiento y el señalamiento público<sup>141</sup>; de modo que el/la juez(a) debe tomar esta decisión de forma mesurada y razonada, luego de ejercer el control tanto formal como sustancial de la requisitoria.

Pero además se necesitan jueces(zas) valientes e independientes, que no sucumban a las presiones sociales o de grupos de interés, que sean capaces y seguros(as) y, para ello, tienen a su disposición las herramientas jurídicas que les permitirán resolver el caso de la forma más apropiada. Esto, por supuesto, más que jueces(zas) expertos(as), se requiere de jueces(zas) con capacidad de análisis, que se tomen el debido tiempo para atender todas las peticiones de las partes y darles una adecuada respuesta.

Así, algunos dirán que es muy fácil sentarse a escribir estas líneas y no pensar que hay despachos donde cada juez(a) realiza cinco o más audiencias preliminares al día. Esto es cierto y lo he vivido. Sin embargo, en el momento en que cada parte asuma su rol, que se acuse lo que se tenga que acusar, se solicite sobreseimientos cuando deba hacerse, se apliquen las medidas alternativas en el momento y en la forma en que establece la ley, no se establezcan actuaciones dilatorias; será en ese momento cuando el/la juez(a) podrá dedicarle el tiempo necesario a resolver las causas que efectivamente lo requieren. Ello implica, por supuesto, que las partes deben volver a recobrar su confianza en esta etapa, ser exigentes con el/la juez(a), para que por un lado responda a todos sus requerimientos y que este(a) asuma su rol preponderante, en la medida de que logre que la etapa intermedia efectivamente cumpla con su fin propuesto, de ser contralor(a) de las causas que efectivamente deben ir a juicio.

---

<sup>141</sup> Así, Binder M. 1993, pág. 223.

## **Bibliografía**

Armijo Sancho, Gilberth; “Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la transición al nuevo Proceso Penal”. San José, Colegio de Abogados, 1977.

Binder, Alberto; “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, AD-DOC, 1993.

Binder, Alberto; “Iniciación al Proceso Penal Acusatorio”, Buenos Aires, editorial Jurídico Continental, 1999.

Calaria Olmedo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editar. T V. 1966, p. 672.

Cafferata Nores, José; “La Prueba en el Proceso Penal”. Buenos Aires, Ediciones Desalma, primera edición, 1888, p. 206.

Maier, Julio; “Derecho Procesal Penal. I Fundamentos”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, T.I

Maier, Julio; “Derecho Procesal Penal. II Parte General”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, T.II

Dei Malatesta, Incola; “Lógica de las pruebas en materia criminal”, 4. ed. Bogotá: Temis, 1995.

Jauchen, Eduardo; “La prueba en materia penal”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

Llobet, Rodríguez, Javier; “La Prisión Preventiva (limites constitucionales)”. San José, Universidad para la cooperación Internacional, 1997.

Llobet, Rodríguez, Javier; “Proceso Penal Comentado”. San José, UCI, 1998.

Llobet, Rodríguez, Javier; "Proceso Penal en la Jurisprudencia". San José, Editorial Jurídica Continental, 2 Tomos, 2001.

Llobet, Rodríguez, Javier; "Proceso Penal Comentado". San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.

Llobet, Rodríguez, Javier; "Derecho Procesal Penal". I. Aspectos Generales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.

Llobet, Rodríguez, Javier; "Derecho Procesal Penal". II. Garantías Procesales (Primera parte. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.

Madrigal Zamora, Roberto; "Servidores del pasado en copa nueva. Consideraciones en torno a la audiencia preliminar". En Defensa Pública (Costa Rica), N° 1, 2001.

González Alvarez, Daniel; "El procedimiento preparatorio". En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Editor: D. González Alvarez). San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997.

González Alvarez, Daniel; "El procedimiento intermedio". En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal" (Editor: D. González Alvarez). San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997.

González Alvarez, Daniel; "El procedimiento intermedio". En: Derecho Procesal Penal Costarricense. II. Tomo. San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 2007.

Vescovi, Enrique; "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica", ed De Palma, Buenos Aires, 1988.

Zúñiga Morales, Ulises; (Editor) "Código Penal". San José, Investigaciones Jurídicas, 2008.

Zúñiga Morales, Ulises; (Editor) "Código Procesal Penal". San José, Investigaciones Jurídicas, 2008.

## ***Obstáculos en la aplicación de medidas alternas***

***Por Edgar Castrillo Brenes\****

**Sumario.** I. Introducción. I.1.- Posicionamiento de las partes en expectativas irreales, o bien, fuera de una posibilidad razonable ajustada al caso concreto. I.2.- Intervención de terceros(as) y asesores(as) legales. I.3.- Nivel sociocultural de los(as) involucrados(as) en el delito. I.4.- Disponibilidad, tiempo y dedicación del(a) juez penal. I.5.-Políticas de persecución criminal instauradas por el ministerio fiscal. I.6.-Temor en la víctima a consecuencia del hecho punible. I.7.- Falta de un ambiente propicio para aplicar medidas alternas. I.8.- Intervención de apoderados(as). I.9.- Incumplimiento. II. Conclusiones y recomendaciones.

### **I. Introducción**

Hemos tratado de enfocar desde nuestro punto de vista y práctica forense los posibles obstáculos que se presentan a la hora de aplicar medidas alternas, dando énfasis a la conciliación. Muchos son los casos que a nivel judicial permiten en un escenario tanto ideal, como dentro del marco legal, la aplicación de una medida alterna, pero que por circunstancias o factores exógenos no se concreta.

Paso así a enunciar en este ensayo, una a una, las variables que a nuestro humilde juicio constituyen un obstáculo para la solución del conflicto social:

#### **I.1.- Posicionamiento de las partes en expectativas irreales, o bien, fuera de una posibilidad razonable ajustada al caso concreto**

Lejos de un aspecto legal, debe entenderse el punto de vista del(a) ciudadano(a) común, aspecto que tiene que ver en gran medida con un enfoque psicológico, de su perfil como víctima de un hecho ilícito operado en su contra. Muchos son los sentimientos y los recuerdos sobre el evento traumático que determinarán, en suma, su voluntad conciliadora la cual siempre o en la gran mayoría de los casos se reduce a cuantificar todo lo anterior en dinero y muchas veces en pretensiones desmedidas. Dichas pretensiones, desproporcionadas, al ser conocidas por la parte imputada y su representante legal, son de plano rechazadas, ocasionando el rompimiento de la armonía en la negociación. Esto precisamente en virtud de haber sido objeto de un delito, el cual es repasado y nuevamente revivido, lo que en mucho crea un ambiente de reclamos y poco fértil para continuar con el proceso de negociación.

Esto nos revela un grave problema de conocimiento de la situación socio-económica y cultural de cada uno(a) de los(as) involucrados(as) en el conflicto social, que hasta en esos momentos —en plena audiencia preliminar o de conciliación— se ven las caras nuevamente, luego del evento o suceso criminal. Posiblemente, si la pretensión de la víctima resulta

---

\* Juez penal.

desmedida en contraposición a las posibilidades económicas o reales del(a) imputado(a), este(a) reaccionará ya sea por sí mismo(a) o a través de su defensa técnica, rechazándola y ofreciendo otra alternativa; la que eventualmente podría ser rechazada de nuevo por la parte ofendida, si esta sigue manteniendo su posición que desde un punto de vista subjetivo resulta comprensible, pero desde un punto de vista objetivo, resulta desalentador para lograr los fines que señala el artículo 7 del Código Procesal Penal, en cuanto a la solución del conflicto.

## **I.2.- Intervención de terceros(as) y asesores(as) legales**

Si bien el principio de objetividad debe imperar en cualquiera tipo de situación procesal tendiente a la búsqueda de una salida alternativa, hemos detectado en algunas ocasiones, sin que ello se interprete como una generalidad, que la víctima dentro del proceso penal y a la sazón, cuando intenta la búsqueda de una salida alterna no actúa solo(a); sino que lo hace apoyándose en terceros(as), tales como consejeros(as), asesores(as) legales y en fin muchas veces en sus parientes. Esto, si bien resulta un proceso normal en todo ser humano, es decir, pedir ayuda, contar su problema, ser escuchado(a) y aconsejado(a) ante una situación incierta; donde aquellos(as) pueden verter opiniones poco favorables, asegurando o afincando, de esta manera el proceso de posicionamiento de la parte, o en otras palabras participar dentro del proceso penal bajo una posición inflexible o bien marcada por pautas de mínimos y máximos, sin tomar en cuenta soluciones amigables que importen la satisfacción de ambas partes.

Después de todo, debemos ser sinceros(as) y reconocer que el conflicto social es de las partes, llámese imputado(a) y víctima, y no precisamente de los(as) funcionarios(as) que intervienen, dado que como bien lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, este poder de negociación depende de la víctima y es una forma de reconocerle a aquella el principio o máxima que establece nuestra Constitución Política, en el sentido de que todo(a) ciudadano(a) tiene derecho a procurar la reparación de los daños y consecuencias del hecho punible ante los órganos judiciales. Si bien existen asesores(as), y letrados(as) en Derecho, quienes guardan una gran disposición para componer el conflicto social de manera amigable, guiando con sus consejos a la víctima; existen otros, que por el contrario, podrían dar un consejo desacertado, ya sea por intereses propios o bien por desconocimiento de lo que en realidad importa: la aplicación de medidas alternativas y, con ello, llevar a su representado(a) a un proceso sin salida, en que si bien pudo imperar la represión del delito, no así, la composición satisfactoria tanto para la víctima como para el/la imputado(a).

## **I.3.- Nivel sociocultural de los(as) involucrados(as) en el delito**

La percepción de quienes se encuentran involucrados(as) en un hecho criminal puede ser diversa; si tomamos en cuenta el nivel económico, académico y social, tanto de la víctima como del(a) imputado(a), ello podría ocasionar una desigualdad en relación con los intereses de ambos, y una falta de entendimiento que inevitablemente nos lleve al fracaso de las negociaciones.

Desde el punto de vista de la víctima, la forma en que esta asume la pérdida patrimonial, física o moral que produce el hecho punible podría tener diferentes aristas y respuestas ante una eventual propuesta reparadora, incluso con componentes filosóficos y humanitarios de dar una oportunidad a quien ha obrado mal y se encuentra ante la disyuntiva de enfrentar las consecuencias de sus actos ya sea reparando o bien enfrentando una pena o; por el contrario, tomar el proceso como una retribución justa y no dar oportunidad alguna, salvo la existencia de ciertos componentes económicos elevados o no.

Desde el punto de vista del(a) imputado(a), esta tesitura se torna en válida, pues la disposición del(a) imputado será mayor o menor cuanto más haya sido su margen de oportunidades, de conocimientos adquiridos y posición sociocultural. Pongo como ejemplo el caso de un(a) empresario(a) que transita por la vía pública y, mediante acto de rapiña, un(a) imputado(a) adicto(a) a las drogas le despoja de un reloj valioso, pero para el/la ofendido(a) es fácilmente reemplazable. Una vez que se ha procesado a este(a) imputado(a) y ante una oportunidad para conciliar o bien aplicar medidas alternas, probablemente el componente económico será minimizado por la víctima, y más bien su pensamiento podría ser guiado, dependiendo de su instrucción y nivel, a dar una lección pero a la vez una salida a quien fuera su agresor.

No obstante, si ponemos este mismo ejemplo con un(a) sencillo(a) trabajador(a) que para adquirir dicho bien ha debido ahorrar y trabajar una gran cantidad de horas, su respuesta en la mesa de negociación sería diferente, inicialmente de indignación, por cuanto el/la imputado(a) bajo un acto de fuerza y de repente le privó de un bien con el cual identifica su esfuerzo; lo cual conlleva a que el/la ofendido(a) manifieste su indignación, y luego solicite la devolución del bien o su equivalente, sin interesarle las consecuencias del proceso penal o bien la rehabilitación u oportunidades que pudiese tener el/la infractor(a) penal. Esta reacción de reclamo, enojo (comprensible), entre otros, pudiese tener como consecuencia, que el/la imputado(a) se sienta amenazado(a) y prefiera encarar el juicio o proceso penal, a falta de suficientes recursos o medios para satisfacer las demandas de la víctima.

#### **I.4.- Disponibilidad, tiempo y dedicación del(a) juez penal**

Si bien conforme lo dispuesto por nuestra máxima jurisprudencia y Código Procesal Penal, los plazos son ordenatorios y no perentorios, también lo cierto es que existe una importante limitación en relación con la cantidad de causas que deben ser analizadas y falladas por los(as) jueces(zas), quienes además se ven en muchas de las ocasiones asfixiados(as) por el tema estadístico; lo cual no permite darle el espacio, esto al menos en los juzgados penales de mayor ingreso en el país, a una solución alterna en un tiempo que podría precisarse de razonable. En efecto, en la etapa o fase intermedia del juzgado penal, en que puede existir una gran cantidad de señalamientos (al menos tres o cuatro diarios), el/la juez(a) penal no puede darse el lujo, muy a nuestro pesar, de aplicar todas y cada una de las técnicas y filtros que se recomienda al(a) juez(a) que observe a la hora de aplicar la conciliación.

En ese sentido, la razón es muy sencilla, el tiempo puede ser el mayor enemigo de quien, en suma, homologa o bien autoriza la aplicación de una medida alterna; lo cual es lógico dado que lo que se pretende es que las partes traigan y propongan una solución en el acto, donde el/la juez(a) es casi un(a) simple espectador(a) y evaluador(a) de la posibilidad o no de la propuesta o medida. Lo que se deja de lado es que, en muchas de las ocasiones, hasta ese momento es que las partes, luego del incidente, entran nuevamente en contacto, y los(as) abogados(as) de una y otra inician una serie de conversaciones, a modo de lluvia de ideas, las que si bien podrían generar algún tipo de resultado, en realidad por sí solas se quedan en el plano de tratativas. De ahí debe surgir la figura de un(a) juez(a), dedicado(a) y a quien, pese a lo estrecho del tiempo, pueda apreciar las sutilezas de las propuestas y reacción de las partes ante estas y tener la flexibilidad de reprogramar la audiencia cuantas veces sea necesario; a efecto de que aquellas analicen todo lo discutido y puedan nuevamente sentarse para llegar a un acuerdo definitivo, en el cual con las excepciones que dicta la ley, el/la juez(a) debe procurar bajo su poder rector: la definición más justa o bien equitativa, conforme a los principios que rigen esta y me parece cualquiera otra materia judicial, sea los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En razón de todo ello, consideramos el hecho de que nuestra institución ha creado el Centro de Conciliación, encargado de realizar en todo tipo de materias, acuerdos entre las partes; no obstante, el/la Juez(a) Penal tiene competencia propia para componer sus asuntos y de ahí radica la importancia de esta flexibilidad y agilidad y, por qué no, informalidad que debe darse a las partes para que expongan sus puntos, los valoren y, si es del caso, los sopesen dentro de un tiempo razonable extra audiencia.

### **I.5.-Políticas de persecución criminal instauradas por el ministerio fiscal**

Hemos indicado líneas arriba que la conciliación y proposición de medidas alternativas al conflicto pertenece a las partes, empero, existen delitos cuyo bien jurídico tutelado resulta, por ejemplo: la autoridad pública, la fe pública, algunos de ellos de corte pluriofensivo, que no solo lesionan intereses propios del(a) ofendido(a), sino de la comunidad; en cuyo caso el Ministerio Fiscal representa a los intereses de esta parte de la sociedad ofendida.

De esta forma hemos podido apreciar que, eventualmente, en determinada audiencia que el/la fiscal(a) instructor(a) de la causa insiste en una directriz o política de las entidades superiores del Ministerio Público, para que se aplique o no una medida alterna. No existiría problema alguno si la víctima u ofendido(a) fuese una ficción legal, a saber: la Autoridad Pública, la Administración de Justicia, o la Fe Pública; pero existe una gran disyuntiva cuando se está ante un delito pluriofensivo, que no solo afecta los intereses públicos sino a una persona física. Pongo como ejemplo el caso de la comisión del delito de uso de documento falso por parte de un(a) imputado(a), quien valiéndose de ello logra concretar una estafa a un(a) ofendido(a). Supongamos que tanto ofendido(a) como imputado(a) quieren llegar a conciliar, pero el Ministerio Fiscal se opone, lo que ocasionaría un obstáculo claro para componer el asunto, por cuanto el ente acusador representa los intereses de una parte que es el colectivo. Entonces cabe la pregunta, ¿qué sería más importante, adherirse a los criterios de la víctima o bien a un criterio basado propiamente en la premisa de una antijuricidad formal y no material? Estimamos, que en realidad, conforme lo estatuye la Constitución Política en su artículo 41, la víctima de un delito, aunque pluriofensivo tiene el derecho de acceder a la justicia, demandado que está no solo de dar una respuesta; sino que le permita su participación con el fin de obtener una reparación adecuada y conforme a sus exigencias, pues, de otra forma, se estaría frustrando el fin último de esta norma Constitucional; esto por oposición del ente fiscal a pesar de que legal y formalmente procediese la aplicación de los institutos alternos al proceso penal.

En consecuencia, consideramos que todos(as) y cada uno(a) de los(as) operadores(as) del Derecho estamos sometidos(as) a la Constitución Política y a la Ley, que son aquellas que fijan los toques o márgenes de nuestras actuaciones procesales, para adherirnos o no a una tesis; pues si no se está conforme debe definitivamente imperar una reforma legal, pero ante una situación tal y como la expuesta, lo que procede es en estricto apego a la ley, el principio de objetividad.

### **I.6.-Temor en la víctima a consecuencia del hecho punible**

Lo anterior pareciese una cuestión obvia, pero que sale del plano procesal para pasar al plano psicológico. En efecto, dada la violencia con que se cometen los delitos, amén del sensacionalismo de algunos medios de prensa, la víctima de un delito manifiesta no querer “más problemas”, optando por la apatía y el desinterés, pese a haber interpuesto inicialmente una denuncia. El problema se suscita puesto que el/la ciudadano(a) que nunca ha estado expuesto(a) al hampa sufre un impacto emocional de tal nivel, que teme encontrarse

nuevamente con su agresor(a); pues es lógico colegir que tiene una firme creencia en posibles represalias de una persona que no tuvo ningún tipo de reparo en agredirle y, en consecuencia, en el futuro nuevamente lo podría intentar. También ello podría tener un efecto contrario, y es precisamente el avenimiento de la víctima a cualquier propuesta, incluso a aquella en que no esté de acuerdo o satisfecho(a), nuevamente por un temor a veces infundado; pero que cuya consecuencia es la celebración de una conciliación donde estamos ante un desequilibrio, precisamente por cuanto la víctima, sea por ese miedo, sea por no querer continuar, acepta términos que le son totalmente desfavorables; convirtiéndose en una situación muy sutil y poco palpable.

### **I.7.- Falta de un ambiente propicio para aplicar medidas alternas**

Un ambiente hostil, donde predomine o prive el excesivo formalismo impregnado de rigidez, no puede ni podrá nunca dar la confianza a las partes para exponer lo que piensan o lo que sienten, siempre y cuando ello sea dentro de los límites tolerables y de respeto común. Más que un espacio físico adecuado, el/la juez(a) debe procurar que las partes sientan que su diálogo no debe ni tiene porqué ser una competencia, donde solo puede existir un(a) ganador(a) o un(a) perdedor(a), o donde en público deben admitir su equivocación o responsabilidad. Esto es un elemento positivo que también debe ser introducido, el/la juez(a) en vistas de su poder regulador debe ser un(a) moderador(a) y dar suficiente confianza, haciéndoles ver a las partes lo importante que es su presencia, y su disposición para concluir su conflicto; indicándoles al mismo tiempo que se trata de un acto informal en el que se llevará a cabo una conversación amigable, sin que por ello deban tomar una determinación en el acto. Debe, pues, mostrar el/la juez(a) una actitud positiva, amigable, pero a la vez firme y justa.

### **I.8.- Intervención de apoderados(as)**

Como indicásemos, la conciliación resulta de las partes, a saber imputado(a) y ofendido(a), y no precisamente de sus apoderados(as). Si bien, tanto un(a) imputado(a) como un(a) ofendido(a) pueden hacerse representar por un(a) apoderado(a); esto no es conveniente en delitos que consideramos han sido inflingidos contra la propiedad, pues los(as) apoderados(as) actúan bajo un mandato limitado. Decimos lo anterior por cuanto existen órdenes anteriores giradas por la parte, indicando a su representante los límites tolerables o deseables en su actuar; cualquier propuesta que se salga de dichos límites debe en teoría ser consultada por el/la representante, lo que ocasiona una distorsión clara y un traspié para llegar a un entendimiento. En este caso el/la apoderado(a) se convertiría en un(a) intermediario(a), cuyo mensaje no llegaría por completo a su mandante; lo anterior tiene su base en que no resulta lo mismo que dos partes conocedoras del conflicto, por haberlo vivido por sí mismas, se sienten e intercambien ideas, que uno(a) o dos apoderados(as) opinen sobre el mismo hecho.

Entonces, debe procurarse un canal de comunicación directo, en que no solo intervengan las palabras, sino que también el lenguaje corporal; con el fin de que todas y cada una de las partes interpreten la sinceridad y la fiabilidad de la propuesta traída a colación y que sin duda podría ser variada en el camino sin necesidad de pasar por un proceso de intermediación y eventual posicionamiento, que de una u otra forma podría complicar la conciliación o propuesta de medida alterna.

### **I.9.- Incumplimiento**

Más que un obstáculo, el incumplimiento de una medida alterna pareciese una consecuencia de los acuerdos a que han llegado ambas partes. Dicho esto no habría mayores análisis que realizar, y siquiera deberíamos plantear como un obstáculo el incumplimiento. Pero desde nuestra óptica, el incumplimiento en el proceso de aplicación de medidas alternas crea un muro a posteriori por la falta de credibilidad que se reflejaría en el resto de las partes. De esta manera, aunque por ejemplo el/la imputado(a) hubiese con éxito planteado una conciliación, ante su incumplimiento y en otras etapas del proceso que le permitan plantear nuevas medidas, sus posibilidades se irían cerrando hasta ser nulas, habida cuenta de la desconfianza con que serían vistas sus nuevas propuestas por el resto de los intervinientes. Es en este particular y a la hora de que se concreten los acuerdos, que el/la juez(a) debe ser enfático(a) en indicar las consecuencias del mismo, del retroceso y desconfianza que ocasionaría, amén de la pérdida de recursos y tiempo.

## II. Conclusiones y recomendaciones

Muchos son los factores que influyen dentro del proceso de aplicación de medidas alternativas para que estas se malogren, unas son insitas en los(as) sujetos involucrados(as) tales como: el posicionamiento, estatus cultural, económico y psicológico; pero otros tienen su esencia en situaciones totalmente ajenas, tales como el ambiente en que se celebra una audiencia para aplicar medidas alternas, incidencia de criterios de terceros, renuencia del Ministerio Fiscal, entre otros.

No obstante en todos y cada uno de estos casos un factor en común debe imperar, y lo es, cuando así le sea permitido por imperativo legal, la intervención del(a) Juez(a) Penal, quien es el/la llamado(a) a dar una colaboración proactiva a favor de una solución pacífica. Sin embargo, esta labor puede ser apresurada en virtud de la presión que es ejercida sobre el/la funcionario(a) mediante los términos y solución de casos en función de sus obligaciones estadísticas, pero dicho obstáculo debe ser evitado, cuando es posible por parte del(a) juzgador(a) visualizar una probabilidad real o concreta de aplicación de un instituto alternativo a la solución de un caso.

Entonces, debe procurar dar el espacio y el tiempo con el fin de limar asperezas, intentar que el equilibrio, no solo procesal, impere; pero más allá que esto, también debe velar porque el principio de justicia le sea aplicado a las partes al dar a cada cual lo suyo, logrando ser el canal de entendimiento, entre aquellas, acortando de esta manera sus diferencias en el plano de lo social, económico y hasta psicológico, esto desde la óptica de la orientación o guía. En esta labor además debe el/la juez(a) penal mediar para que también aquellos — quienes representan a las partes— transmitan tal mensaje, haciéndoles ver la conveniencia de que impere la paz social.

Definitivamente consideramos que el lenguaje técnico si bien debe influir para la comunicación con los(as) representantes —letrados(as)— de las partes, lo cierto es que este debe ceder ante un lenguaje sencillo y entendible para aquellos(as) que se ven envueltos(as) producto del delito, dado que se trata en su mayoría de ciudadanos(as) que no tienen el conocimiento técnico del Derecho que podría ostentar un(a) profesional; lo cual también resulta parte de esta plataforma dirigida a encontrar en las partes una solución.

Es claro que ante una situación que no se haya experimentado con anterioridad y más aún cuando esta resulta traumática, quien la ha sufrido (estamos hablando del caso de un hecho ilícito) tenga temores, dudas e interrogantes, sobre qué papel tendrá dentro del proceso penal y cuáles podrían ser las posibles consecuencias de su actuar. En el caso de las medidas alternas creemos que debería existir una política institucional permanente dentro del seno de la institución, dirigida a informar a los(as) usuarios(as) sobre los beneficios de su aplicación, al

extremo de que si existiese siempre tal posibilidad, algunas políticas de persecución criminal tendientes a su negación deberían ceder en beneficio de los(as) involucrados(as) y del mismo Estado de Derecho al procurarse por su medio llegar a la paz social evitando siempre la represión por la represión misma.

Si bien somos conocedores(as) de que a las partes mediante una fórmula se les impone de lo anterior cuando denuncian o son indagadas, tal información a nuestro humilde criterio no basta, por cuanto en el momento en que una persona denuncia o es indagada, como lo indicásemos, normalmente se encuentra ante un nuevo panorama, desconocido, y por tanto incierto causante de dudas; el hecho es de reciente data, y por ello el trauma persiste y la atención de quien se encuentra en tal situación se desvía, siendo necesario un refuerzo de la información mediante documentos ya sea electrónicos o bien escritos, pero con la característica de ser asequibles y sobre todo comprensibles.

También dentro de este proceso, resulta importante la información y los aspectos positivos que se puedan sembrar, dentro del marco de la posibilidad legal y objetividad, en la conciencia de los involucrados(as), de aquellos(as) que en primera instancia atienden al caso, cuya capacitación debería ser necesaria para lograr un enfoque positivo, pues de lo contrario simple y sencillamente se estaría dando a conocer la existencia de las medidas sin que las partes sepan en realidad de su verdadero valor, contenido y consecuencias; entre las cuales muchas podrían ser atractivas para aquellos(as) que opten por ellas. Al fin y al cabo el primer contacto de las partes con el proceso penal es por medio de los(as) funcionarios(as) judiciales que atienden su denuncia o atienden su indagatoria, en principio defensores(as) y fiscales(as), muchos(as) de ellos(as) comprometidos(as) con la composición pacífica del conflicto.

Muchas recomendaciones podríamos realizar respecto del tema, empero creemos que las básicas serían las siguientes:

1.- Conozca a las partes previo a la audiencia: Tal recomendación resulta importante, ello con el fin de valorar posibles obstáculos que vengán a entorpecer la conciliación. Antes de que se inicie la audiencia sería importante, a fin de “romper el hielo”, conocer a las partes y hacer una valoración de su condición cultural, social, y económica; cuáles son sus expectativas en relación con la audiencia y cuáles sus temores. Con ello, amén de tener una idea de cuál podría ser el panorama de la negociación, también se podrían aplicar los correctivos; esto, en relación con el equilibrio que podría imperar en la audiencia, dándosele a las partes la oportunidad de ingresar con mayor confianza y exponer sus pretensiones sin reserva alguna.

2.- Muestre siempre un trato cordial y cortés: Muchas puertas se abren con un diálogo franco y amigable, también es importante que el/la juez(a) muestre su amigable disposición a las partes. Si bien el/la juez(a) es quien dirige la audiencia, se trata de propiciar un ambiente fuera de formalismos, suficiente como para que las partes no sean inhibidas o amedrentadas ante una figura de poder.

3.- Sea claro(a) desde un inicio y delimite a las partes la tónica de la audiencia: Al menos en el caso del(a) juez(a) penal, este(a) debe procurar establecer cuáles serán las reglas a seguir; a efecto de velar porque la disciplina y respeto mutuo imperen dentro de ella, pues de lo contrario, perdería la audiencia. Recordemos que pudiesen existir aún sentimientos encontrados, que podrían ser el detonante para reclamos y exabruptos; los cuales, si no son controlados mediante un recordatorio respetuoso pero vehemente (a manera de interrupción oportuna), distanciarían de manera irreconciliable a las partes. Es allí y no en otro momento que el/la juez(a) deber hacer valer su figura de poder y disciplinar o corregir a quien se desvíe del tema de negociación e intente retrotraerse al hecho generador (delito) que tiene a las partes reunidas.

4.- Intervenga sin ser imperativo(a) y sea guía de las partes utilizando para ello el sentido común: Cuando así lo permita la ley, el/la juez(a) puede proponer sugerencias respetuosas a las partes en relación con sus propuestas, realizando construcciones basadas en la lógica y sentido común. Por ejemplo, si aquellas no se ponen de acuerdo con el término, hacer un razonamiento en función de las obligaciones y dificultades de cumplimiento; si las partes se sienten inseguras con respecto a sus obligaciones, hacerles un repaso de lo que han dialogado y, si por algún motivo una de ellas podría ser un factor de incumplimiento, hacerles ver lo anterior y sugerir una posible solución, siendo enfático(a) en que no es la única opción y que pueden explorar otras.

5.-Sea flexible con el tiempo: Definitivamente el tiempo es el enemigo de todo buen acuerdo. No es posible pretender que las partes apliquen una medida alterna de solución de un momento para otro. Se trata de un proceso de reflexión y propia conveniencia, que no es posible forzar. Si existen varias soluciones y varias posibilidades que no pueden ser objeto de una decisión inmediata, es necesario abrir espacios para consultas y razonamientos entre los actores del proceso.

6.- Sea realista con las partes: Si desafortunadamente no se llega a acuerdo alguno, y luego de un lapso es posible visualizar lo anterior, no envuelva a las partes en falsas expectativas que nunca se producirán. Simplemente hágales ver que no existe un terreno propicio en ese momento para aplicar una medida alterna, pero que ya de por sí es positiva la voluntad de llegar hasta tal punto. Si es posible y la etapa en que se encuentra el proceso lo permite, refiérase a las partes las posibilidades de volver a abrir un espacio para explorar medidas alternas, inculcándoles una autorreflexión a futuro a fin de que analicen de manera más detenida la posición de cada parte, de tal manera que sea posible un ceder y un conceder en caso de nueva audiencia.

7.- Sea insistente en contar siempre con las partes involucradas: Es necesario que tanto víctima, ofendido(a) e imputado(a) se encuentren siempre en la audiencia, si bien pudiese existir la presencia de un(a) apoderado(a) especial judicial, esto como se razonase, podría entorpecer el flujo normal de la conversación, por existir la presencia de un(a) intermediario(a) que tiene en todo caso su tope máximo y mínimo de negociación fijado. La audiencia convocada al efecto debe constituirse en un canal de comunicación abierto donde fluyan todas las ideas para la solución del conflicto, en un tiempo real.

De esta manera, aportamos nuestro enfoque que es principalmente práctico de algunas formas en que propician la negación o éxito de la aplicación de medidas alternas. De ninguna forma hemos sido pretensivos en determinar que estas sean las únicas, como tampoco únicas son nuestras recomendaciones; empero, con el desarrollo del tiempo y con el pequeño aporte de todas y cada una de las personas que en la actualidad formamos parte del Poder Judicial, y con una política informativa más agresiva, podrá existir el convencimiento de quienes por una u otra forma se han visto envueltos(as) en un conflicto judicial, de que la solución alterna es la forma pacífica y beneficiosa de acabar con dicho conflicto.

## ***Obstáculos y soluciones para la aplicación de medidas alternas y el procedimiento abreviado durante las etapas preparatoria e intermedia***

***Por Patricia Cordero Vargas\****

**Sumario.** 1. Algunas consideraciones preliminares. 2. El contenido de los principios procesales. 3. Los obstáculos para la aplicación del procedimiento abreviado y las salidas alternas al juicio. 4. La realidad de los números. 5. ¿Qué está sucediendo entonces? 6. Posibles soluciones al problema.

### **1. Algunas consideraciones preliminares**

La entrada en vigencia del Código Procesal Penal —en adelante C.P.P.—, el 1 de enero de 1998, Ley n. ° 7594 del veintiocho de marzo de 1996, generó grandes expectativas en el seno de la comunidad jurídica costarricense: no se trataba simplemente de otro código de rito; el país ponía a funcionar un cuerpo normativo que rompía paradigmas hasta entonces aceptados como dogmas de fe.

La entonces nueva legislación permitía dar un giro y separarse en no pocos casos de la justicia vindicativa, aplicada indiscriminadamente y siempre tendente a castigar al(a) infractor(a), para sustituirla por una justicia de corte restaurativo. Esta última permite reparar, siempre que sea posible, el daño causado o en su defecto brindar satisfacción al(a) o a los(as) perjudicados(as), pero cuyo norte se visualiza como la solución del conflicto social; así se encuentra preceptuado en el artículo 7 del C.P.P., que expresamente señala:

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre los protagonistas.<sup>142</sup> Las citas deben comenzar su numeración en cada ensayo y no en forma corrida

En la práctica forense basada en el Código de Procedimientos Penales del año 1975, vigente hasta el 31 de diciembre de 1997, en múltiples oportunidades participamos de una manera u otra en procesos que culminaban con la imposición de una pena privativa de libertad, que en ocasiones permitía a los tribunales conceder beneficio de ejecución condicional de la misma y en otras no, y que por imperativo legal resultaba de aplicación automática, sin posibilidad de discriminar positivamente cuando se enjuiciaba a personas muy jóvenes o a delincuentes primarios que debían descontar penas considerablemente altas por haber lesionado bienes jurídicos que hoy día se considera pueden ser restaurados sin

---

\* Fiscal Ajunta de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Anticorrupción y Tributaria del Ministerio Público.

<sup>142</sup> Código Procesal Penal, Ley 7594. Imprenta nacional. San José, Costa Rica. 1996. Artículo 7.

necesidad de que el justiciable permanezca internado varios años en un centro carcelario con las consecuencias negativas que esto genera tanto a nivel individual cuanto a nivel social.

La solución jurídica de comentario, vista a la luz de las tendencias modernas, nos resulta hoy desproporcionada y excesiva, con el agravante de que la víctima no contaba con la oportunidad real de encontrar algún resarcimiento por el agravio sufrido, salvo que accionara por la vía de la Acción Civil Resarcitoria y la persona infractora contara con bienes inscritos a su nombre o un salario fijo que pudieran responder por las pretensiones civiles del(a) o de los(as) perjudicados(as). Esto ocurría en contados casos, generándose en la mayoría de ellos frustración en la persona perjudicada y por supuesto una enorme impotencia en el/la imputado(a), sentimientos que no con poca frecuencia era compartida por los(as) operadores(as) del derecho.

Desde esta perspectiva, las salidas alternativas introducidas por el C.P.P., a saber: la *conciliación*, la *suspensión del proceso a prueba*, la *reparación integral del daño*, complementadas con el *procedimiento especial abreviado* y la aplicación del *criterio de oportunidad reglado*; abrían toda una gama de posibilidades para que, sin incurrir en excesos vedados por nuestro ordenamiento jurídico y, haciendo un racional y adecuado uso de los recursos, se solucionaran múltiples conflictos sociales y se encausara la actividad punitiva del Estado hacia la persecución de conductas consideradas como verdaderamente lesivas para la colectividad mediante el descongestionamiento del sistema que ya para entonces enfrentaba un riesgo inminente de colapso.

Indudablemente se requería de instituciones que permitieran el aprovechamiento al máximo de los recursos de la administración de justicia, en la búsqueda constante de una mayor eficacia, privilegiándose la resolución en un tiempo menor de los casos generadores de un costo social mayor. Adicionalmente se potenciaba dentro del proceso la participación de la víctima, que como se dijo, había sido dejada muy de lado por la normativa procesal anterior ya que prácticamente se le había instrumentalizado al considerársele un testigo más o un elemento de prueba a ponderar para la resolución de los procesos, pero sin posibilidades reales de ser tomada en cuenta a la hora de la formulación de las decisiones de los(as) operadores(as) del derecho.

## **2. El contenido de los principios procesales**

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo, que por lo demás resultaría en este momento extemporáneo, permítasenos realizar una necesaria y somera remembranza de algunos de los principios informadores de la legislación procesal cuyo punto de partida coincidió con el inicio del año 1998 y que constituyen el reflejo de un estado democrático, como forma política adoptada por Costa Rica, con total sujeción a la Constitución, a los tratados internacionales y a la Ley.

Así, coexistiendo con principios tan importantes como el de Inviolabilidad de la defensa, el de Presunción de inocencia, de Única persecución, Excepcionalidad de las medidas cautelares y el de Objetividad entre otros, ubicamos aquellos que conminan a los tribunales del país a brindar a los(as) ciudadanos(as) una Justicia pronta y a buscar la Solución del conflicto conforme a la legislación, a efecto de restaurar la armonía social perdida con el surgimiento de dicho conflicto.

Consideramos que los dos últimos principios mencionados, es decir, el de Justicia pronta y el de Solución del conflicto son la base primordial de las salidas alternas al juicio y al procedimiento abreviado, pues en ambos casos, aunque por vías diferentes, tienden a que se

solucione la conflictiva social de una manera más expedita: es decir, se pretende con ellos una Justicia pronta que garantice un mayor grado de satisfacción para las partes.

Lo anterior en modo alguno significa que se logrará en todos los casos la restauración total del bien jurídico tutelado, pero el simple hecho de no esperar por una resolución judicial durante años, debería representar un buen aliciente para que los(as) ciudadanos(as) acudan a tales opciones como una forma válida de buscar justicia.

Sin embargo, estimamos que aún hoy día, después de diez años de la entrada en vigencia de la normativa procesal, existe cierto escepticismo en torno a las ventajas que pueden brindar los institutos de comentario, al extremo de que algunos pueden confundirlos con formas de impunidad, lo cual dista mucho del verdadero sentido de estas vías, distintas en el abordaje del delito. Por otro lado, hay otros que, en franca contradicción de la filosofía que inspira básicamente a las salidas alternas, pretenden su aplicación de forma indiscriminada, y en asuntos en los que evidentemente resultan inaceptables, en un afán desmedido de lograr ventajas a favor de la parte que representan, pero a contrapelo de lo preceptuado por la normativa.

### **3. Los obstáculos para la aplicación del procedimiento abreviado y las salidas alternas al juicio**

Como sabemos, la voluntad expresa y manifiesta de el/la endilgado(a) de someterse a un *procedimiento abreviado* conlleva la renuncia a los derechos procesales de la inmediatez, la oralidad y el contradictorio que son propios del juicio oral y público. A pesar de que en algún momento se ha cuestionado la constitucionalidad de tal renuncia, lo cierto es que actualmente se ha entendido que, por no tratarse de garantías derivadas de la Carta Magna, sino de derechos reconocidos legalmente, estos son renunciables sin que ello genere ningún roce constitucional.

A cambio de la renuncia ya mencionada, la persona imputada podrá obtener una disminución considerable en el monto de la pena a imponerse en el supuesto de que decida llegar hasta la etapa de debate: en específico, el extremo menor de la sanción prevista para el delito acusado puede ser disminuida hasta en un tercio, lo que en muchos casos representa una ventaja nada despreciable. Adicionalmente, no tendrá que esperar por un tiempo relativamente largo para que su asunto sea juzgado, adquiriendo el estatus de “condenado(a)”, por lo que de encontrarse privado(a) de libertad, una vez firme la sentencia puede empezar a gestionar los beneficios institucionales que no obtendría si ostenta la condición de “indiciado(a)”.

Paralelamente a lo indicado en torno al justiciable, la víctima obtendrá la satisfacción de que se hizo justicia en su asunto también en un tiempo mucho menor que el que tomaría el procedimiento ordinario hasta su culminación en debate, o con la etapa de impugnación, según sea el caso; lo que en muchísimas ocasiones implica una “liberación” psicológica y emocional de la persona perjudicada por un hecho delictuoso.

En cuanto al sistema de administración de justicia, no cabe la menor duda de los grandes beneficios que se obtienen con la aplicación del procedimiento abreviado: el dictado de una sentencia en un plazo corto; el no desgaste de los recursos humanos y materiales al agotarse todas las etapas previstas para el proceso penal, recursos que serán direccionados en la solución de asuntos que, como se indicó supra, realmente generan daño social; sin dejar de lado por supuesto el ahorro que en términos económicos significa no pagar salarios de jueces, fiscales, defensores, auxiliares y otros que intervienen en el debate, amén de los costos de servicios públicos, además de los gastos en que incurren testigos, peritos, ofendidos

y en general las partes que deben comparecer al mismo, lo que desde una perspectiva macro afecta considerablemente la economía de un país.

Mayores aun son las ventajas que pueden derivarse con la aplicación de las salidas alternativas, si al igual que el procedimiento abreviado, se logran en etapas tempranas de la investigación penal, preferiblemente durante la etapa preparatoria (aunque el límite temporal previsto por la legislación para la aplicación de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba sea la etapa intermedia y para la reparación integral del daño sea hasta antes de iniciarse el debate). Este incremento en los beneficios se deriva principalmente del hecho de que ni siquiera se debe llegar hasta el dictado de una sentencia para que, por medio de la conciliación, la reparación integral del daño o la suspensión del proceso a prueba se logre una restauración del bien jurídico tutelado o una compensación por su lesión, pero que en todo caso conlleva más rápidamente la solución del conflicto por la que aboga nuestro sistema procesal.

Precisamente, para potenciar la aplicación de los institutos que ahora nos ocupan dentro de tiempos que permitan concretizar la finalidad para la cual fueron establecidos, la Fiscalía General de la República emitió la Circular 31-2006 que fijó plazos máximos para solicitar y acordar el procedimiento abreviado y un determinado orden de prelación para proponer la aplicación de las salidas alternativas. Si bien debe aceptarse que estos plazos o el orden para gestionar las últimas no son derivados de la normativa procesal, dicha circular constituye una forma de fijación de política de persecución penal por parte del Ministerio Público, al estimarse que estos institutos pierden su utilidad práctica en la medida en que el sistema se desgasta completando la etapa de investigación o preparatoria, y allegando todos los elementos de convicción que resulten provechosos para el plenario que nunca se realizaría por la aplicación de una de tales salidas. Esto sin lugar a dudas constituiría un desperdicio de recursos y una contradicción a la filosofía inspiradora de estas formas de administración de justicia penal.

En este punto se hace necesario acotar que las limitaciones temporales impuestas por la Fiscalía General no son de aplicación generalizada sino que se reservan para los delitos en flagrancia y de conocimiento de tribunal unipersonal; si se trata del procedimiento abreviado, que por lo demás y como ha sido consignado en reiterada jurisprudencia, no constituye un derecho del(a) imputado(a) y su negociación por parte del Ministerio Público es facultad discrecional del ente acusador. En cuanto a las salidas alternativas, la fijación de condiciones para su autorización, distinta a las contenidas en la legislación, eventualmente desestimularía su gestión por parte de la defensa, la que a su vez podría formular todo un cuestionamiento en torno a esas condiciones. También puede ser objeto de discusión el plazo establecido para “negociar” un procedimiento abreviado; sin embargo, ese debate no se ha generado en razón de la apatía y poca disposición que existe, a nuestro criterio, para privilegiar el uso de estos institutos.

Creemos que de la dialéctica generada entre la Fiscalía y la Defensa en torno a la conveniencia o no del establecimiento de las limitantes de comentario y otros aspectos relacionados con los institutos que ahora nos ocupan, pueden derivarse muy interesantes conclusiones y, por qué no, un aumento en la confianza para emplearlas con mayor frecuencia, lográndose la apertura de plazos o la modificación de las condiciones fijadas en la circular indicada líneas arriba.

#### **4. La realidad de los números**

Resulta interesante echar un vistazo a las estadísticas del Poder Judicial<sup>143</sup> para poder concluir que las salidas alternativas y el procedimiento abreviado no son institutos a los que se acude con la frecuencia que podría esperarse; por el contrario, parece que su empleo disminuye con el paso del tiempo (en forma totalmente aleatoria tomamos los dos primeros y los dos últimos años sobre los que existen datos relativos a algunas de las figuras que acaparan nuestra atención, haciendo la aclaración que sobre las restantes no existen datos del todo o que los mismos se echan de menos en algunos años).

Así, sobre lo que sí existen datos se desprende que en 1998 las fiscalías del país, en su totalidad, reportaron como salidos 392 casos por suspensión del proceso a prueba, 2750 casos por motivo de conciliación (de las otras salidas no hay datos) y 186 asuntos por procedimiento abreviado. Para el año 1999 se reportaron 459 salidos por suspensión del proceso a prueba, 3650 por conciliación y 107 por abreviado. Aquí debe recordarse que en los despachos había una gran cantidad de sumarias iniciadas con el procedimiento anterior y que requerían ser adecuadas al entonces nuevo proceso y esto podría explicar el aparente uso “masivo” de estos institutos.

Sin embargo, si analizamos los dos últimos años que cuentan con información, el panorama no genera mucho optimismo: en el 2005 las fiscalías del país reportaron 119 causas salidas por suspensión del proceso a prueba, 3174 por conciliación y solamente 9 procedimientos abreviados. Para el 2006 se reportaron 93 asuntos salidos por suspensión de proceso a prueba, 3510 por conciliación y 18 procedimientos abreviados.

En los juzgados penales del país, sobre los que se lleva estadísticas en esta materia a partir del 2004, tampoco se evidencian números satisfactorios: los sobreseimientos dictados en el 2005 por reparación integral del daño fueron 557, por conciliación fueron 586 y por cumplimiento de condiciones en la suspensión del proceso a prueba fueron 3436 (recordemos que por la naturaleza misma del instituto, este número obedece al acumulado de años anteriores, cuando se fijaron las condiciones que debían ser cumplidas). Para el año 2006 se dictó 723 sobreseimientos por reparación del daño, 527 por conciliación, 3991 por cumplimiento de condiciones en suspensión del proceso a prueba (también en este caso necesariamente se trata de casos acumulados de años anteriores).

En cuanto al proceso abreviado, tampoco hay razones para estar optimistas: los tribunales penales del país en 1998 conocieron 1111 casos por procedimiento abreviado, en 1999 el número ascendió ligeramente a 1282 en tanto que los asuntos conocidos en el 2005 fueron 1113 y en el 2006 el número descendió a 918 casos.

Vemos entonces que en tanto que la cantidad de causas aumenta en el territorio nacional, la aplicación de salidas alternas y el procedimiento abreviado no presentan un incremento en su aplicación que ayude significativamente a la descongestión de los despachos judiciales.

## **5. ¿Qué está sucediendo entonces?**

Si, como se dijo, se puede derivar una serie de ventajas de la aplicación de las salidas alternativas y/o el procedimiento abreviado, ¿a qué obedece entonces el relativamente poco uso que tienen estas figuras procesales?

En primer lugar, consideramos que dentro de la sociedad costarricense aún prevalece un marcado afán litigioso. La gente todavía no está muy familiarizada con la idea de que

---

<sup>143</sup> Sección de Estadística del Dpto. de Planificación del Poder Judicial. Información compilada por Lic. Mario Marín Cascante, Asistente Jurídico FADECT.

existen maneras alternativas para resolver la problemática penal o que la solución no es siempre la cárcel cuando se comete un delito. Es muy común escuchar a las personas refiriéndose de manera despectiva a este tipo de soluciones, considerándolas formas de tolerancia extrema por parte de los tribunales y que además propician una mayor delincuencia en el país. Este tipo de ideas arraigadas en la mente de una víctima destinará al fracaso cualquier intento de buscar una solución al conflicto distinta al procedimiento ordinario y su culminación en la fase de juicio, en donde a criterio de no pocos “se ve operando el sistema” y se percibe directamente al(a) juzgador(a) impartiendo justicia.

Incluso más grave que lo anterior resulta la posición de algunos sujetos procesales, o incluso de sus asesores legales, que buscan un mayor provecho económico llevando el proceso hasta etapas avanzadas con clara conciencia de que ante la inminencia de un juicio o una eventual condenatoria, se puede forzar un acuerdo que genere más beneficios a alguna(s) de las partes e incluso mejores honorarios para los(as) abogados(as).

La situación extrema la encontramos cuando es precisamente el/la abogado(a) defensor(a) el/la que desestimula cualquier salida alterna o un procedimiento abreviado para su cliente, con el claro propósito de cobrar mejores honorarios por defenderle en un debate; aunque no son muchísimos los casos pues esta conducta riñe con la ética y con el Principio de lealtad hacia el contratante de los servicios profesionales, pero lo cierto es que esta situación se ha evidenciado algunas veces.

En otras oportunidades la defensa actúa motivada por el prurito de “demostrar su superioridad” en el juicio, arriesgando al(a) representado(a) que muy comúnmente ha tenido que afrontar las consecuencias de una sentencia condenatoria.

No son pocos los casos en los que como táctica de defensa se busca “desgastar” tanto al sistema como a las víctimas y los testigos, quienes al enfrentar un proceso de varios años, y vistos ante la obligación de comparecer en distintas oportunidades a los despachos judiciales, optarán por hacer caso omiso al llamado judicial, generándose impunidad por la carencia de prueba que resulta indispensable para la averiguación del hecho investigado. La dilación extrema del proceso igualmente podría emplearse como método para que opere la prescripción en favor del(a) imputado(a).

La falta de una verdadera comprensión de las salidas alternas, que no generan una pena para el/la imputado(a), sino que por el contrario representan la oportunidad de librarse de ella, hace que algunos(as) defensores(as) disuadan a sus clientes de acudir a estos institutos. A esto se le podría agregar una falta de solidaridad con las víctimas y la conciencia de que satisfaciendo en la medida de lo posible los intereses de ellas, se solventa el conflicto social planteado ante los tribunales.

Por otro lado, los representantes del Ministerio Público, quizás por desconocimiento del manejo de las figuras que ocupan nuestra atención, o por temor a su aplicación, las obvian y prefieren, en casos que dan base a mayor confrontación, formular la acusación y remitir los asuntos para que sean resueltos en el contradictorio. Esta situación de temor, básicamente a la opinión pública se hace aún más patente cuando de aplicar el procedimiento abreviado se trata, sobre todo en asuntos que generan mucha expectativa social y/o tienen cobertura de parte de los medios de información masiva. Creemos que la representación fiscal se debe despojar de cualquier aprensión generada en situaciones ajenas a lo legal y ceñirse a las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico para, como ya lo hemos señalado en forma insistente, alcanzar la mayor descongestión del sistema de administración de justicia y destinar los recursos, normalmente escasos, a la persecución y juzgamiento de conductas que lesionan en forma sensible al conglomerado social. Solamente cuando se tome conciencia de los apuntados factores y de que ningún Estado tiene la posibilidad real de celebrar un

contradictorio por cada una de las delincuencias generadas en su territorio, inclusive las de menor entidad, podrá dársele un uso racional a las opciones alternas que la legislación procesal penal ofrece. Esta no es una labor sencilla, pues como también se indicó supra, implica la interiorización de la idea, por parte de la sociedad costarricense, de que no se busca “alcahuetear” al(a) delincuente, o propiciar mayor delincuencia, sino cumplir con el precepto legal que obliga a resolver los conflictos y mejorar la convivencia.

## 6. Posibles soluciones al problema

Tal y como quedó dicho desde el inicio, no fenecer los asuntos con la realización de un debate oral y público, y resolver la situación en la etapa preparatoria o, a lo sumo, durante la etapa intermedia acudiendo a soluciones que eran desconocidas en nuestro medio hasta 1998, implica la ruptura de paradigmas.

Básicamente se debe tener claro que no solamente en un debate, con intervención de uno(a) o varios(as) jueces(zas), y la imposición de una pena, principalmente privativa de libertad, se alcanza el ideal de justicia de una sociedad democrática. La restauración del bien jurídico lesionado, la sustitución del mismo o el pago de una suma indemnizatoria por su pérdida o deterioro en muchísimo casos resulta de mayor provecho a la víctima (y al conglomerado social) que la imposición de una pena que, sea que no se purgue en virtud de un beneficio concedido, o que deba ser purgada (en cuyo caso el aparato estatal asume los costos) al final no se privilegia en absoluto la situación de la parte ofendida, la que no logrará ver resarcido su derecho.

Debe quedar claro que no estamos proponiendo un uso indiscriminado de salidas alternas o del procedimiento abreviado como medios de “bajar circulante” y alivianar la carga laboral de los despachos: de lo que se trata es de ponderar en su justa dimensión las posibilidades alternas contenidas en la legislación procesal, y dándose los presupuestos de ley para cada una de las figuras, hacer un uso racional de ellas como la fórmula que permite solventar una gran cantidad de problemas que se someten al conocimiento de las autoridades penales.

Para lograrlo, creemos que en primer lugar se debería organizar una campaña masiva de educación legal popular, a efecto de hacer entender a la ciudadanía que este tipo de soluciones legales en modo alguno son sinónimo de impunidad y que una condena dictada por un tribunal de juicio no es ni la única ni la mejor de las soluciones. Debe enfatizarse en el tema de la solución del conflicto social como el norte que se pretende alcanzar con la normativa vigente desde el 98 y que las etapas iniciales del proceso, preparatoria e intermedia, están diseñadas para lograrlo.

Esta toma de conciencia sobre la importancia de las salidas alternativas y del procedimiento abreviado debe abarcar igualmente a abogados(as) litigantes, así como a los(as) funcionarios(as) judiciales, sobre todo de reciente ingreso, en aras de lograr una más adecuada distribución de recursos, siempre escasos, y una justicia penal más pronta y cumplida según el precepto constitucional.<sup>144</sup>

Es importante establecer una capacitación constante a los(as) jueces, así como a fiscales(as) y defensores(as), a fin de que se comprendan los beneficios que pueden derivarse del uso de estos instrumentos. Una vez que hemos analizado esto desde un nivel particular, sea para el caso concreto, como a un nivel macro, potenciándose un mejor aprovechamiento de recursos y por ende una justicia de mayor calidad.

---

<sup>144</sup> Constitución política de la República de Costa Rica, artículo 41.

Más de diez años después de la entrada en vigencia de la legislación procesal que hoy nos rige, creemos que no se ha ponderado en forma suficiente las ventajas de solucionar muchos de los problemas generados por la convivencia humana en etapas tempranas del proceso. Se mantiene la errónea creencia de que todos los delitos deben conocerse por tribunales de juicio o de que dándole largas a la resolución de la causa se puede alcanzar impunidad, ya por el desgaste del sistema y sus actores, ya por la prescripción operada merced al transcurso del tiempo.

Debe trabajarse arduamente para que la comunidad, incluidas las personas que litigan y quienes se desempeñan como operadores(as) del derecho, conozca a profundidad estos institutos y las posibilidades derivadas de ellos; solamente ese conocimiento permitirá su uso adecuado y el consecuente descongestionamiento de los atiborrados despachos judiciales, en donde se encuentran “haciendo fila” para su juzgamiento, cientos de asuntos que pudieron resolverse mucho tiempo atrás, de una manera más eficiente y eventualmente más ventajosa.

Esta es una tarea que queda pendiente si queremos que en nuestro país prevalezca una justicia de calidad: todos(as) tenemos parte en este reto.

## ***Decisiones judiciales fundamentadas: un derecho que integra el debido proceso***

***Por Milton E. Castro Serrano\****

No puede haber confusiones. Los que nos mandan, por lo que conozco hasta ahora (que sólo son los grados inferiores) no buscan, por así llamarlo, la culpabilidad entre la población, sino que, como dice la ley, la culpabilidad los llama y entonces nos envían a nosotros, los policías. Así es la ley. ¿Dónde cabe el error? “Es una ley que no conozco” dijo K; habría querido entrar a los pensamientos de los guardianes; convertirlos para su beneficio, o bien adaptarse a ellos. Pero el guardián sólo dijo, con un gesto desaprobatorio: “Mira, Willem, admite que desconoce la ley y afirma en el mismo instante que es inocente [...]”  
FRANZ KAFKA (El Proceso).

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Resoluciones que aplican medidas cautelares. 3. Resoluciones que autorizan la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba. 4. Resoluciones que autorizan allanamientos u otros actos de investigación.

### **1. Introducción**

De acuerdo con una adecuada focalización y ubicación del Derecho Penal como instrumento de un sistema democrático de convivencia, es habitual considerarlo como un mecanismo de control social, que propende a emplearse para reprimir las acciones consideradas como nocivas y que han sido emprendidas por algún miembro del conglomerado social. Así, con fundamento en esta concepción, hemos sido invitados(as) a presenciar en los

---

\* Defensor Público.

últimos años la adopción de prácticas judiciales y más aún la creación de legislaciones especiales, que en un afán desmedido por alcanzar la eficiencia de los mecanismos de control, socavan los pilares que sustentan la verdadera convivencia pacífica de los seres humanos; tal es el caso del respeto a los derechos fundamentales de los(as) ciudadanos(as).

Los cambios abruptos surgidos de la globalización rampante que nos tocó vivir desnudan los aspectos más negativos de la masificación y la adaptación a un medio cada vez más competitivo, que premia el éxito, haciendo este sinónimo de poderío económico y status, sin importar, en muchos casos, al menos desde la óptica del grupo humano, los mecanismos con que se obtuvo el tan deseado y laureado ascenso social.

Como un resultado reflejo, la administración de justicia, al igual que el resto de actividades que se desarrollan como actividad humana, no es inmune a ser afectada por esta vorágine de eficientismo, que busca alcanzar el mayor número de metas u objetivos, en el menor tiempo posible y con los mejores resultados alcanzables; aunque esta última calificación no obedezca en muchas ocasiones a la verdadera necesidad o aspiración de la sociedad.

Los(as) mismos(as) ciudadanos(as) olvidan que el Derecho Penal no es un instrumento aplicable exclusivamente a los(as) delincuentes —el ya mencionado control social—; sino que, por el contrario, si bien en el fondo de su aplicación subyace esta función como un agregado a su articulación y empleo, la verdadera función de todo sistema penal bien entendido es el de garantizar a los(as) ciudadanos(as) comunes, aun en las condiciones de mayor expectativa punitiva institucional —sea ante la eventual comisión de un crimen—, el respeto de todos los derechos fundamentales del(a) acriminado(a). Todo ello, con el fin de reverenciar y fortalecer el debido proceso, que al final es la garantía de garantías; es decir, si se posibilita un procedimiento apegado a los principios y fundamentos del debido proceso, se estaría muy cerca de un sistema verdaderamente eficiente, sin entender la eficiencia como la aplicación de sanciones en forma rauda y a bajo costo; sino como el empleo de todos los mecanismos existentes, con el fin de llevar a cabo un proceso penal que no solo se oriente hacia el castigo de los(as) infractores(as) —función que ya le reconocimos—, sino que posibilite la contemplación plena de los derechos fundamentales y las garantías procesales en pro del respeto a la condición de ser humano de la persona procesada.

Es claro que no existe un sistema perfecto y que el garantismo no es *per se* un estadio que deba alcanzarse en su plenitud, ya que no es factible dentro de la práctica esta aspiración; mas si se requiere que haya un compromiso de los(as) administradores(as) del sistema judicial penal, así como de los(as) legisladores(as) para tender hacia ese derrotero; sin caer en la trampa de considerar la legislación positiva o escrita como una muestra ineludible de un sistema garantista, ya que muchas veces —en Costa Rica es claramente aplicable este concepto—, la legislación tiene una notoria aura de humanización y garantía. No obstante en la práctica, al aplicar la norma, la letra no tiene la fuerza suficiente —como es de suponerse— y se reproducen patrones o actuaciones alejadas del precepto legal; pero que pasan inadvertidas, las más de las veces por cómplice desatención de los(as) funcionarios(as) judiciales, y en algunas más reprochables aun, por un afán eficientista y de juicio previo ya adoptado por el/la jurista que le corresponda la atención del caso.

Sobre este particular, el profesor Luigui Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón* señala en forma contundente:

[...] el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la

legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de “garantismo” nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático [...]<sup>145</sup> **Ojo la numeración debe iniciar en cada ensayo y no en forma corrida**

Ahora bien, si tenemos este punto claro, es decir el vínculo del discurso ya emprendido, con el tema medular de este artículo, que es la fundamentación de las resoluciones judiciales; considero sin temor a equivocarme que la relación se colige con meridiana claridad, toda vez que las decisiones que tome el/la juez(a) en un proceso penal pasan por el delicado tamiz de la adecuada sustentación; ya que renunciar a esta obligación provoca un menoscabo dramático en el eje de garantías en que descansa un proceso penal democrático.

Desde esta perspectiva, es imperativo reseñar brevemente lo que implica la fundamentación de las resoluciones judiciales, en vista de que es así como se debe entender por fundamentar o fundar lo siguiente: *“Fundar equivale a apoyar con motivos o razones eficaces o con discursos una cosa. Fundamentar es sustentar o fundar con razones lógicas, coherentes y eficaces una decisión”*<sup>146</sup>.

Con esta plataforma conceptual, entendemos que el/la juez(a) para fundamentar sus resoluciones debe acudir en forma ineludible a un razonamiento que siga las denominadas reglas que rigen el pensamiento humano, sea los principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; así como las reglas de la experiencia y la psicología común. Esa metodología pretende no solo respetar un ejercicio mental adecuado, sino aislar los prejuicios que pudiesen atentar contra una resolución objetiva; asimismo, busca como derrotero incuestionable el respeto al derecho de defensa y la posibilidad de impugnación, aspectos que se vinculan indefectiblemente con la adecuada fundamentación de las sentencias u otras resoluciones judiciales.

En la práctica forense judicial se acepta de manera pacífica que la sentencia, resolución judicial que por su naturaleza tiene la capacidad de dar por terminado el litigio, debe respetar a cabalidad los aspectos de fundamentación debida, ya que de lo contrario se tentaría en contra del derecho de defensa, siendo este un elemento comprensivo dentro del concepto del debido proceso. Por ende, se acepta como intolerable una resolución de este tipo que carezca de una adecuada sustanciación y que, como bien lo señala el Código Procesal Penal, que no se baste por sí sola; es decir que no son aceptables las resoluciones infundadas, confusas, oscuras o incompletas.

A pesar de lo anteriormente indicado, cuando nos enfrentamos a otro tipo de resoluciones, especialmente aquellas que se vinculan con la labor investigativa, el grado de rigurosidad antes aludido varía sustancialmente, a pesar de enfrentarnos ante el/la mismo(a)

---

<sup>145</sup> Ferrajoli (Luigi). Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, 1995, página 851.

<sup>146</sup> Arroyo Gutiérrez (José Manuel); Rodríguez Campos (Alexander). Lógica Jurídica y motivación de la sentencia penal. San José: Escuela Judicial, 2002.

funcionario(a) judicial. Es así como un(a) juez(a) de la etapa preparatoria o intermedia no dudaría en señalar que la sentencia que dicta un sobreseimiento definitivo debe estar exhaustivamente fundamentada; pero tratándose de una autorización para que se practique un allanamiento, un reconocimiento físico o un anticipo jurisdiccional de prueba, la exigencia de fundamentación se ablanda de manera ostensible.

Si bien es cierto nos enfrentamos ante resoluciones judiciales de diferente fuste, simplemente por ello no es posible flexibilizar las exigencias de adecuada fundamentación, ya que podríamos caer peligrosamente en una vaga elucubración mental del(a) juez(a), que dada su superficialidad, no cumpla con su labor de velar por el respeto a las garantías y al debido proceso. Y esto claramente propiciaría la ejecución de actos arbitrarios de investigación, que darían al traste con el proceso, la restarle su equidad, proporcionalidad y sobre todo al separarse del previo criterio letrado del(a) funcionario(a) llamado(a) a mantener el equilibrio procesal de las partes.

La fundamentación ya señalada debe estar acompañada de una adecuada motivación, pudiéndose definir esta última como la exposición de las razones de hecho y derecho que justifican la decisión adoptada por la autoridad competente. Por lo antes expuesto, todo ello implica la exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho y de derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso. Además conlleva la mención de los elementos de prueba a través de los cuales se arribó racionalmente a una determinada conclusión fáctica.

Sobre este particular, pero ya ubicándose en el ámbito del derecho procesal, el profesor Julio Maier, indica que la motivación es:

[...] la exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión. Esto es, en lenguaje vulgar, la exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho y de derecho que el Tribunal afirma para arribar a la solución del caso [...]<sup>147</sup>

Ahora bien, si el/la destacado(a) jurista se refiere a las sentencias judiciales, la propuesta es aplicable a cualquier otra resolución emanada de un(a) juez(a) de la República y que tenga como fin autorizar o instar la realización de algún acto de importancia dentro de un proceso penal, pues este tipo de razonamiento es inherente a la labor decisoria del(a) juez(a), sea cual sea la etapa en que esta se desarrolla; ya que al final, como una suerte de embudo, todo lo actuado desembocará en la decisión conclusiva del asunto, mediante una sentencia u otra forma previa.

Cabe detenernos brevemente para recordar que las resoluciones judiciales, como ya se mencionó, se dividen en tres grandes grupos, a saber: *providencias* que son resoluciones de menor rango en su regulación formal, pero que son muy importantes en la práctica, además requieren una mínima fundamentación y no necesariamente las debe emitir un(a) juez(a); por otra parte, los *autos* que se definen por exclusión, es decir que no ordenan un acto de mero trámite como las providencias, ni ponen fin al proceso como las sentencias; por último, la *sentencia* es la resolución que pone término o finaliza un proceso.

A pesar de las variaciones prácticas y de las resoluciones judiciales antes señaladas, por imperativo legal, todas deben emitirse debidamente fundadas; sobre el particular, los juristas Arroyo Gutiérrez y Rodríguez Campos señalan lo siguiente:

El Código Procesal Penal acoge en su artículo 141 la distinción tradicional de las resoluciones en: providencias, autos y sentencias. Sin embargo,

---

<sup>147</sup> Maier (Julio). Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto S.R.L., Argentina, 1996, página 482.

esta distinción es tan solo formal y depende del tipo de decisión que es necesaria adoptar. Esto se destaca, porque en cualquiera de esas manifestaciones de voluntad jurisdiccional, el órgano decisor debe fundamentarla.

La fundamentación no es exclusiva de los autos o de las sentencias, sino que, obviamente con las limitaciones argumentativas que supone una decisión interlocutoria, que simplemente ponga en marcha el proceso, aún en las “providencias” deben darse razones mínimas y suficientes, redactadas con claridad y precisión [...] <sup>148</sup>

No cabe duda, entonces, que la fundamentación y motivación de las resoluciones que emite un(a) juez(a) se erigen no solo como una obligación de este, sino como un derecho fundamental de las partes —baste aclarar que no solo del(a) imputado(a)—, toda vez que la posibilidad de adversar la decisión judicial presupone el conocimiento de las valoraciones intelectuales que la produjeron; es decir que sin este conocimiento previo es imposible realizar una adecuada impugnación y mucho menos elaborar una estrategia de defensa o adecuada representación de la parte agraviada. En síntesis, entraríamos a un oscuro laberinto, en el que se tornaría imposible no solo la idónea actuación de las partes, sino que no sería factible el control vertical de lo resuelto por el(la) juez(a); donde esta última se constituye en una reivindicación del sistema judicial democrático a la que no podemos renunciar.

Es así como la ley impone al(a) juzgador(a) la obligación de justificar, es decir proporcionar razones suficientes y legítimas que respalden sus decisiones. Por tanto lo trascendental es que el/la juez(a) no se apoye en razones contrarias a la justicia, abiertamente impertinentes o que rayen en la arbitrariedad, pues con base en estos postulados no es factible aceptar un fallo de un(a) juez(a) en conciencia; ya que implicaría favorecer la arbitrariedad y la mediocridad, y propiciar un serio menoscabo a la independencia judicial y al derecho de defensa de las partes, ergo un atentado directo al debido proceso.

Si bien es cierto, las posibilidades de resoluciones judiciales emitidas válidamente en las etapas preparatoria e intermedia de un proceso penal son muchas, existen al menos tres de estas que son emblemáticas por su repercusión en el curso del proceso y por la afectación que producen a las partes; en consecuencia, es así como, para efectos prácticos, nos detendremos en forma breve en las resoluciones que aplican medidas cautelares, las que ordenan anticipos jurisdiccionales de prueba y aquellas que autorizan la realización de allanamientos u otros actos de investigación, con la advertencia clara que el variopinto panorama de las resoluciones interlocutorias no se agotan con estas ni se pretende hacerlo, quedando para momentos posteriores la discusión sobre resoluciones menos frecuentes, pero no por ello de poca importancia o interés.

## **2. Resoluciones que aplican medidas cautelares**

No es posible abordar este tema, sin mencionar la gran efervescencia social que suscita la eventual imposición de medidas cautelares a un(a) individuo(a) que se investiga por la supuesta comisión de un delito, azuzada de manera inusual pero reiterada en los últimos años por el efecto de la prensa, la cual, desde una óptica mediática y cavilosa, busca efectos de audiencia o presencia, sin importar los verdaderos principios que deben orientar a la opinión pública y que es preciso defender para evitar actuaciones arbitrarias de las autoridades en ejercicio, sean estas policiales o judiciales.

---

<sup>148</sup> Obra citada, páginas 45-46.

Como es lógico entender, un(a) juez(a) está obligado(a), en el ejercicio de su función, a trascender de esta presión del(a) ciudadano(a) común y de la “omnipresencia” de los medios de prensa y, aunque tenemos claro que es más sencillo decirlo que hacerlo, también somos concientes de la gran responsabilidad ética que el ejercicio de la actividad jurisdiccional conlleva; por consiguiente, no es aceptable desde ninguna óptica, la adopción de resoluciones que obedezcan a intereses exógenos al proceso mismo.

El Código Procesal Penal, adoptado desde finales de la década pasada, atiende con meridiana amplitud y claridad los requisitos mínimos que deben observarse para resolver la aplicación de medidas cautelares, que coarten la libertad ya sea limitando el derecho ambulatorio u otras modalidades menos gravosas, como las restricciones al libre desplazamiento fuera del país u otras zonas y la sujeción con cauciones juratorias o reales. Pero, como es sabido, no se justifica la aplicación de medida cautelar alguna que no encuentre sustento en eliminar, o al menos paliar, alguno de los peligros procesales taxativamente establecidos: sea peligro de fuga, riesgo de obstaculización o probabilidad de reiteración delictiva; con las fundadas críticas que se han hecho a este último y que merecen ser objeto de un estudio diferente al presente.<sup>149</sup>

A pesar de la claridad que existe en cuanto a la fundamentación que se requiere para dictar una resolución que ordene la aplicación de medidas cautelares, sobre todo por el contenido represivo que por su naturaleza conllevan, no son pocos los casos en los que el/la juez(a) no realiza un análisis profundo de los elementos indispensables que se requieren para ordenar este tipo de restricciones; pero, desgraciadamente, es posible observar decisiones judiciales que se conforman con transcribir los argumentos que se esbozan en la solicitud de aplicación de medidas cautelares, sin detenerse a realizar un verdadero ejercicio analítico como el tema lo exige.

En este punto es prudente afirmar que no necesariamente el adoptar como propias las razones esgrimidas en la solicitud de aplicación de medidas cautelares es por sí solo perjudicial y mucho menos ilegal, pues lo que realmente riñe con la obligación de motivación es el omitir pronunciamiento sobre las razones que sean atendibles para el/la juez(a) y que llevaron a aceptar los planteamientos esbozados por alguna de las partes.

Retomando el último planteamiento esbozado, es menester indicar, en beneficio de un enfoque equilibrado del tema, que es violatorio del deber de fundamentar: atender en forma calcada, sin profundizar el análisis, tanto los argumentos de una como de otra parte; ya que si bien es cierto, la rigurosidad de una medida cautelar deberá soportarla el/la imputado(a), por lo cual no deja de ser pertinente el hecho de que la víctima, ya sea representada por el Ministerio Público o con patrocinio particular, podría ver menoscabada su posición al desatenderse una petición de aplicar medidas cautelares, sin mayor motivación o fundamento y tan solo aceptando como ciertos e incontrovertibles los argumentos esgrimidos por la defensa. Es así como la fundamentación tiene una suerte de doble vía y debe ser respetada como norma ineludible en cualesquiera de los casos.

Sin restarle importancia a lo antes acotado, nos detendremos únicamente en el presupuesto de la resolución que acuerda la aplicación de la prisión preventiva; es así como el Código Procesal Penal, en sus numerales 238 y 243 inciso c), establecen la obligatoriedad de fundar adecuadamente la resolución que ordene la prisión preventiva. Esa exigencia legal se ha visto respaldada en forma conteste por la jurisprudencia no solo penal sino constitucional, encontrándonos ante uno de los antecedentes más emblemáticos y pioneros en este campo, al menos desde la creación de la Sala Constitucional, voto que en lo conducente señala:

---

<sup>149</sup> Ver al respecto Código Procesal Penal, artículo 239.

Fundamentalmente, la excarcelación en los diversos supuestos, sólo puede ser denegada cuando razones objetivas atinentes al proceso ameriten esa decisión. Estas razones, para que sean objetivas, deben ser plasmadas por el juez en una resolución debidamente fundamentada (artículo 15 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), de modo que tampoco es legítimo que en un caso concreto se limite a decir que se deniega la excarcelación con base en lo que dispone el artículo 265 ó 297 del Código Procesal. Incluso, ha dicho la Sala, no es legítimo que el juez se limite a repetir frases de la ley para justificar su decisión. Le corresponde el deber de indicar, por qué motivos, es que para asegurar el descubrimiento de la verdad o para asegurar la actuación de la ley, deba negarse la excarcelación<sup>150</sup>.

Del texto referido, es claro que si se considera violatorio de los derechos del(a) imputado(a) sustentar una resolución de prisión preventiva con la mera referencia a los preceptos legales, sin mayor ahondamiento en los pormenores de cada situación; mayormente sería el hacerlo con base en los planteamientos del Ministerio Público o del(a) querellante privado(a), sin realizar un ejercicio intelectual que implique un estudio pormenorizado de las particularidades del caso concreto y se ensaye a manera de hipótesis cuáles serían los peligros procesales subyacentes que deben evitarse, y si esto solo fuese posible mediante la aplicación de la prisión preventiva, para lo que debería indicarse la razón por la que se descartó la posibilidad de aplicar alguna otra medida cautelar menos gravosa para el/la endilgado(a) y su familia.

Otro aspecto digno de destacar es la obligación de los(as) jueces(zas) de fundamentar en forma adecuada la resolución que ordena la prisión preventiva o rechaza el recurso de apelación incoado en contra de esta, a pesar que se dicte mediante el fallo correspondiente, mediante una audiencia oral.

Ahora bien, si son destacables los avances que se han propugnado por parte del Poder Judicial, para brindar agilidad a la tramitación de las causas, especialmente en los temas relacionados con los reos presos, a tono con la política de incentivo del empleo de la oralidad, esta no puede constituirse en una excusa para resolver en forma sumaria o insustanciada; pues si bien podría ser aceptable que los fundamentos no queden impresos en papel, es una exigencia que debe sostenerse en forma ineludable por las partes, ya que el hecho de que se registre la información pertinente en forma total mediante otro medio electrónico, sea este el video o la grabación de audio, en caso contrario, se debilitaría en forma clara el derecho a recurrir el fallo y por ende tendría implicaciones gravísimas en relación con el deterioro del derecho de defensa.

La adecuada fundamentación de la resolución que ordena la medida cautelar de prisión preventiva es el mecanismo idóneo que propicia el control jurisdiccional de lo resuelto por el/la juez(a); solo de esta forma podría mantenerse más allá del simple texto el aforismo legal que señala a la reclusión preventiva del(a) imputado(a) como la última ratio, en un proceso penal desarrollado en un marco democrático.

Como un apunte al margen, podemos ver que las exigencias anotadas para las resoluciones que ordenan la prisión preventiva son también aplicables para aquellas que decreten otro tipo de medidas cautelares, que bien pueden ser menos coercitivas que el confinamiento en prisión; pero conllevan un menoscabo en el ámbito de libertad del(a) encausado(a) y por ende deben sustentarse de manera plena y clara.

---

<sup>150</sup> Sala Constitucional. Voto 386-1992.

### 3. Resoluciones que autorizan la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba

Los elementos definitorios, que usó el/la legislador(a) para determinar los supuestos en que procede aplicar el anticipo jurisdiccional de prueba, requieren de una interpretación jurisdiccional, que deberá estar ligada estrechamente a cada caso en concreto; lo que indudablemente podrá dar espacio a incorrectas interpretaciones de la justificante que en el caso abrirá la vía para aplicar este instituto.

En primer término debe tenerse presente que el artículo 293 del Código Procesal Penal establece claramente que no es cualquier acto definitivo e irreproducible el que justifica que se realice con las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba; sino que se refiere solo a aquellos que afecten derechos fundamentales, lo que en definitiva representa, desde ahí, un traslado de la función legislativa al(a) juez(a), ya que quedará a juicio de este(a) último(a) la determinación de cuándo un acto afecta derechos fundamentales.

Igualmente ocurre con los otros supuestos contenidos en la norma y que, de aprobarse su aplicación, ciertamente deberá hacerse en parangón con el principio de oralidad. Así tenemos que los otros supuestos están determinados por conceptos como “obstáculo difícil de superar” o “complejidad del asunto”; lo que, reitero, va a requerir de una aplicación interpretativa en el caso en concreto, por lo cual, en ese orden, la Sala Penal ha manifestado en su jurisprudencia lo siguiente:

En lo relativo al anticipo de una declaración cuando “por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse” en debate, el legislador no hace referencia a un número enlistable de supuestos, sino que recurre a un precepto cuya aplicación deberá definirse, de nuevo, en cada caso concreto. La norma, en efecto, establece la existencia de un requisito objetivo, consistente en un “obstáculo”, pero compete a los tribunales determinar si él es “difícil de superar”<sup>151</sup>.

A las anteriores consideraciones se debe agregar que, en el análisis de los supuestos, el/la juez(a) debe enfrentarse a la realidad social que circunscribe el caso en concreto, ya que esta realidad es bastante variable, así, a modo de ejemplo hace algunos años en nuestra realidad social no era tan frecuente que los(as) testigos fuesen amenazados(as) y mucho menos que corriera peligro su vida, como suele ocurrir con alguna frecuencia en la actualidad; de modo que el/la juez(a) tendrá que analizar concretamente esa realidad como un factor que llene ese concepto de “obstáculo difícil de superar”.

Conforme a lo expuesto, no puede afirmarse que en todos los casos en que se ha ordenado el anticipo jurisdiccional de prueba, haya sido de modo adecuado a la normativa, ya que eso dependerá de la calidad interpretativa de cada juzgador(a). No obstante, por la vía jurisprudencial se han llegado a establecer parámetros importantes, a fin de evitar que la aplicación de este instituto se haga de manera desmedida; en ese sentido, como bien lo ha dicho la misma Sala Tercera Penal, en cada caso el/la juez(a) deberá motivar, es decir justificar con criterios apegados a la sana crítica, por qué considera que está en presencia de un obstáculo difícil de superar o que se trata de un asunto complejo, del cual deriva la probabilidad de que el/la testigo olvide circunstancias esenciales.

A los anteriores argumentos es plausible agregar que la institucionalización procesal del anticipo jurisdiccional de prueba debe ser de aplicación restringida, ya que si bien su utilización encuentra sustento normativo en el artículo 334 inciso a) del Código Procesal Penal;

---

<sup>151</sup> Sala Tercera. Resolución 2001-00483, del 25 de mayo del año 2005.

lo cierto es que resulta innegable que afecta no solo el principio de oralidad, sino que por su excepcionalidad debilita en forma integral todos los demás principios que representan importancia en la etapa esencial del proceso, como el debate.

Por este motivo, sobre cualquier otra consideración, además de la participación activa y bajo patrocinio letrado del(a) imputado(a) al recabar la prueba anticipada, es que esta debe ser ordenada y autorizada mediante una resolución debidamente fundamentada; al respecto, la Sala Tercera ha indicado en su jurisprudencia lo siguiente:

[...] es tarea del juzgador, verificar la existencia de los supuestos legales para que proceda tal prueba anticipada, garantizando los principios de oralidad y la intervención de todas las partes, determinando si el obstáculo existente por el cual se solicita la anticipación, realmente es difícil de superar, para lo cual se deben aplicar las reglas de la sana crítica, emitiendo un juicio de probabilidad, de manera que sea previsible o presumible que el dicho no podrá ser recibido en debate [...]<sup>152</sup>

Así, es más que contundente la posición asumida por la Magna Sala Penal, sin embargo, es indispensable que todas y cada una de las partes involucradas velen por el fiel cumplimiento de la excepcionalidad del instituto mencionado, con el firme propósito de no propiciar su uso excesivo e injustificado; puesto que no es posible involucrar de un sistema garantista que privilegia la intermediación y la oralidad, hacia un híbrido que por aspectos de seguridad, en ocasiones mal entendida, parapete un regreso a resabios inquisitivos, por comodidad funcional de alguna de las partes del proceso.

En estos casos, no es difícil de divisar que el mayor debilitamiento en las garantías se asesta al derecho de defensa, pero a la vez, sería una actitud de miope el no aceptar que las condiciones de la criminalidad han variado y suponen una mayor peligrosidad; sin embargo, esta no debe sobredimensionarse y, en forma razonada pero enfática, es preciso señalar que por la buena salud del sistema penal vigente, es preciso mantener el carácter de excepcionalidad del anticipo jurisdiccional de prueba, en vista de que lo contrario sería aceptar un doloroso retroceso.

A pesar de lo anteriormente indicado, en los casos que se justifique recibir prueba anticipada, debe exigirse una adecuada sustanciación del fallo por parte del(a) juez(a) y no puede más que reafirmarse el compromiso de todos(as) los(as) administradores(as) del sistema penal, de velar por una adecuada implementación de este instituto, que evite afectar más allá de lo legalmente permisible los derechos fundamentales de las partes y especialmente del(a) imputado(a), extremo por lo general más vulnerable al enfrentar este tipo de procedimientos especiales.

#### **4. Resoluciones que autorizan allanamientos u otros actos de investigación**

Como punto de partida, es preciso señalar que todos los medios de prueba que para realizar su ejecución afecten o pongan en franco peligro los derechos constitucionales o fundamentales de los(as) investigados(as) deben estar debidamente fundamentados; es así como la resolución judicial que autoriza la intervención de comunicaciones privadas, al enfrentarnos a una intromisión en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido de los(as) individuos(as), debe estar fundamentada en forma prolija; ya que en este momento el/la juez(a) tiene una competencia extraordinaria, que si bien es cierto está dada por la misma

---

<sup>152</sup> Sala Tercera Penal. Resolución 2002-00267, de fecha 21 de marzo del año 2002

ley, la cual trasciende las atribuciones ordinarias, al punto de posibilitar el quebrantamiento de preceptos que ordinariamente protege la legislación suprema de la nación.

Lo mismo sucede con las resoluciones que autorizan el allanamiento de un lugar habitado o vivienda, con respecto a lo cual es notorio que, en la normalidad de la convivencia humana, se protege la intimidad del hogar y debe respetarse toda aquella legislación que propenda al resguardo de los hogares o sitios legítimos de reunión de los(as) ciudadanos(as); sin embargo, el ordenamiento jurídico, en casos veladamente justificados, autorizan la lesión a los derechos fundamentales más resguardados, tal es el caso de la posibilidad de allanar una casa de habitación de una familia, a pesar de que en el momento del operativo correspondiente se encuentren dentro del inmueble personas menores de edad, ancianos(as) o hasta enfermos(as). Esta situación afecta los intereses particulares de los(as) habitantes del lugar allanado, pero es permitido por la legislación correspondiente solo en función del resguardo de un interés público que se considera de mayor rango.

Dadas las condiciones esbozadas anteriormente en forma sucinta, la resolución que ordena el allanamiento debe estar adecuadamente fundamentada; en este punto es importante señalar que no necesariamente los argumentos que incorpore el/la juez(a) al resolver el punto deben ser tangencialmente diferentes a los aportados por la parte que gestiona la diligencia, no obstante, a pesar de prohiar las argumentaciones que le son presentadas, el/la juez(a) tiene la obligación de señalar cuáles fueron los aspectos que le llevaron a dicha convicción. No se trata de elaborar argumentaciones reiterativas, pero sí es preciso que se plasme, a criterio del(a) funcionario(a) en su función de juez(a) de garantías, la razón por la que se accede a llevar a cabo un acto que por su naturaleza conlleva una lesión a derechos fundamentales de algunos(as) ciudadanos(as), que en el caso de los allanamientos es claro que estos efectos nocivos se extienden más allá del(a) propio(a) investigado(a); ya que afectan a sus familiares o convivientes, que en muchos casos no tienen relación alguna con la investigación judicial.

Sobre este punto existe ya una línea jurisprudencial consolidada, que busca atenuar los efectos lesivos de este tipo de actuaciones de investigación, es así como la Sala Tercera en una resolución reciente señaló sobre el punto lo siguiente:

Reflexionando sobre los pilares que sustentan el llamado Estado de Derecho, podríamos concluir que no existe otra forma de valorar políticamente el esquema de un Estado, para medir sus verdaderas características, de aquél que detalla la forma y los requisitos que permiten a las autoridades lesionar los derechos fundamentales de los individuos. Conociendo, en primer lugar, cuáles derechos pueden ser lesionados “legítimamente” en ese estado y cuáles serían los requisitos que rodean tal autorización, podemos valorarse efectivamente ese Estado parte de que su legitimación sustancial se debe al respeto de tales derechos, de manera tal que las autorizaciones que contempla, como parte de la ineludible realidad de que no existen derechos absolutos y de que existen situaciones que autorizarían excepcionalmente una lesión a algunos de ellos, están rodeadas de una serie de requisitos que se convierten a su vez en prerrogativas del ciudadano que le garantizan que, para lesionar un derecho fundamental, deberá realizarse una ponderación real, seria y especialmente razonada de : **i) la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un delito**, como primer parámetro ineludible para permitir el análisis de si se lesiona o no un derecho fundamental, en virtud de lo contemplado en el numeral 28 párrafo segundo de la Constitución Política; **ii) la necesidad de la medida**, es decir, que se

impone porque no existe otra forma menos lesiva de obtener los resultados que se esperan, **iii) su proporcionalidad** de cara a los intereses y los objetivos que por su medio se pretenden; **iv) la idoneidad** de la autorización para alcanzar los objetivos que se pretenden; **v) la ponderación razonada**, actual de todas estas prerrogativas, hecha por el sujeto constitucionalmente autorizado, a su vez, autorizar una lesión a un derecho fundamental: el juez, mediante la emisión de una orden escrita debidamente motivada. Así, valorando cuáles derechos, cómo se pueden lesionar y quién es el autorizado para hacerlo, se puede tener un panorama político claro de qué tipo de Estado tenemos en frente. Por ello, cada vez que una autoridad pretende la autorización para incursionar en un derecho fundamental, la resolución que se emita es una clara manifestación política del Estado, es su reflejo, su retrato, de manera que nunca como en este tipo de resoluciones está plasmado el rol político del juzgador y su nivel de compromiso con los valores constitucionalmente protegidos, como de la importancia de su función en el esquema del Estado de Derecho. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido esta posición clara y diáfana en resguardo de esa importancia política de primer orden, en cuanto al respeto de los derechos fundamentales y a la necesidad de que se ponderen y razonen todas las prerrogativas antes expuestas por el juez cuando autoriza la lesión de un derecho esencial [...] En especial, se destaca la importancia de la fundamentación como garantía de ejercicio razonable y democrático del poder jurisdiccional cuando autoriza una incursión de esa índole, al tiempo que ha rescatado la trascendencia que para el cumplimiento de ese rol, tiene —en el caso del allanamiento especialmente— la existencia de una **orden escrita previa** a toda incursión en la intimidad de un lugar habitado. En realidad, sólo la existencia de una orden previa y debidamente motivada, permitirá al intérprete valorar si en efecto, se cumplían todas las exigencias constitucionales antes relacionadas para autorizar la intervención y, entonces, valorar su legitimidad —formal y sustancial—, es decir controlar su validez. Y se añade ahora, **sólo mediante la exigencia al juzgador, de motivar y razonar, de exponer y justificar cuáles son los presupuestos, cómo se cumplen y por qué justifican la autorización para lesionar un derecho fundamental frente a una solicitud concreta que lo pretende, se puede garantizar a su vez, que el juez cumple un rol de garantizador del respeto de esos derechos, de contralor de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones de los sujetos encargados de la investigación —Ministerio y policía judicial—.** Nunca como ahora, en el esquema procesal diseñado con el nuevo ordenamiento procesal se tiene restablecido y reproducido en el seno del proceso penal, la premisa básica de la democracia —la división de poderes y el control de su ejercicio—. El juez en la etapa de investigación y en la fase intermedia, por muy deslegitimado que esté, por lo que sucede en la práctica, su rol, está **para controlar y garantizar la legalidad de las actuaciones en esta etapa**, para valorar y ponderar razonadamente las solicitudes que se le formulen y nunca como un simple espectador que está dispuesto a autorizar todo lo que se le solicite, manteniéndose al margen de su procedencia, porque ello sería simplemente abandonar el sentido y justificación de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho, que encuentra precisamente en el

proceso penal, en la sede por excelencia del ejercicio del poder represivo estatal, su más prístina razón de ser. La Constitución Política y el Código Procesal Penal apuestan por el juez contralor, garante y bastión del respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, comprometidos siempre cuando se trata de una investigación penal y sólo mediante el ejercicio razonado y de conformidad con los parámetros expuestos, se puede validar la autorización jurisdiccional para lesionar un derecho fundamental. No basta pues, que haya intervención jurisdiccional, este es uno de los requisitos constitucionalmente exigidos y el primer paso para considerar la legitimación formal de la autorización. Ese juez debe cumplir con los otros requisitos, debe razonar, exponer cómo y por qué la medida se justifica, es necesaria, es idónea, es proporcional al fin que se pretende y cuáles son los márgenes en que la autorización se concede, requisitos puntualizados en las normas constitucionales antes citadas y, en el caso del allanamiento, especialmente de la relación de los artículos 9, 11, 28 párrafo segundo, 23, 39 y 41 de la Constitución Política y 195 del Código Procesal Penal<sup>153</sup>.

Solo como un breve corolario a la clara resolución que fue transcrita en lo conducente, cabe resaltar, que si bien no existen derechos absolutos, ya que hasta el derecho a la vida podría verse alterado por una interpretación jurídica, tal es el caso de la no punición de la muerte provocada en ejercicio de la legítima defensa, por ejemplo; para afectar o lesionar válidamente los derechos fundamentales de un(a) ciudadano(a), en procura de privilegiar un interés público de mayor rango, debe atenderse una serie de aspectos impostergables, tal es el caso de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida que se adopte; entendida la primera como la imposibilidad de llevar a cabo la diligencia requerida por otros medios.

Sin embargo, no existe duda alguna de que el/la juez(a) que autoriza un acto de investigación de esa naturaleza debe plasmar las razones en forma clara y, luego de un ejercicio intelectual objetivo y prístino que no permita debilitar aún más la condición ya vulnerada de la parte afectada, al imposibilitar un adecuado ejercicio de la defensa de sus intereses, por enfrentarnos a una resolución oscura que no permite siquiera atacar de una forma intelectual y legalmente válida los argumentos del(a) juzgador; por lo cual, evitar que este panorama se produzca es una obligación irrenunciable de todos(as) los(as) administradores(as) del sistema judicial, de acuerdo con la función específica que le compete a cada uno, y el no hacerlo constituye no solo una práctica viciada, sino una inexcusable dispersión ética.

## BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>153</sup> Sala Tercera Penal. Resolución 2004-00965, de fecha 13 de agosto del año 2004.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel; Rodríguez Campos Alexander. Lógica Jurídica y motivación de la sentencia penal. San José. Escuela Judicial, 2002.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental. Tercera Edición. San José, 2006.

Maier, Julio. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto S.R.L. Argentina, 1996.

Código de Procedimientos Penales. Ediciones Jurídicas. San José, 1991.