

EXPEDIENTE: 16-001051-0648-PE

DELITO: MALVERSACIÓN Y OTROS

OFENDIDO: DIDIER CARRANZA RODRÍGUEZ Y OTROS

IMPUTADO: IGNORADO

**SE DECRETA ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA
SE ESTIMA PROCEDENTE RECABAR PRUEBA
SE RECHAZA SOLICITUD FISCAL DE DESESTIMACIÓN**

JUZGADO PENAL DE HACIENDA Y LA FUNCIÓN PÚBLICA II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, a las once horas treinta y ocho minutos del veintisiete de abril de dos mil dieciocho.

El suscrito Lic. Herbert Andrey Mora Seas, en mi condición de Juez Penal del II Circuito Judicial de San José, por así requerirse en la presente sumaria y de conformidad con los numerales 15, 16, 62, 63, 70, 71, 141, 142, 175, 176, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 277, 290, 291 y 292 del Código Procesal Penal, este Tribunal de la Etapa Preparatoria procede a decretar de ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, SE ORDENA DEVOLVER LOS AUTOS AL MINISTERIO PÚBLICO A FIN DE RECABAR LA PRUEBA PERTINENTE Y SE RECHAZA LA SOLICITUD DE DESESTIMACIÓN, por estar incompleta la investigación y carecer de una adecuada fundamentación, de conformidad con los siguiente:

RESULTANDO:

I. HECHOS INVESTIGADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO: *1.- Los denunciantes DIDIER CARRANZA RODRÍGUEZ, MARIO JOSÉ MONTALBÁN, CARLOS ROBERTO LORÍA QUIRÓS y EUGENIO HERNÁNDEZ, son afiliados al Colegio de Abogados desde hace mucho tiempo y a lo largo de sus años como agremiados, han cumplido con los cánones establecidos por el Colegio para el ejercicio de la abogacía de forma liberal. 2.- Que desde el 03 de diciembre de 1963 se creó un fondo de pensiones y jubilaciones para los abogados, mediante ley 3245, el cual sería financiado mediante el "Timbre del Colegio de Abogados". 3.-Denuncian los deponentes, que las Juntas Directivas han sido negligentes a lo largo del tiempo, ya que el dinero recibido por la*

creación del Timbre del Colegio de Abogados, ha sido utilizado en otros fines distintos a los establecidos en la Ley, cometiendo un delito de Malversación en forma continuada, en perjuicio d todos los agremiados. 4.-Indican además, que pese a la condena logrado bajo el expediente Contencioso Administrativo número 12-000629-1027-CA, que obligaba al Colegio a implementar el fondo de pensiones, las Juntas Directivas del 2013 al 2016 han desobedecido dicha orden, por lo que a su criterio, cometen sendos delitos de desobediencia a la autoridad e incumplimiento de deberes.

II. Mediante resolución de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del veinte de diciembre de dos mil dieciséis, el Lic. José Pablo Miranda Hurtado, Fiscal Auxiliar que llevaba la investigación, rechazó diversas gestiones de los denunciantes para recabar prueba, propiamente, la de secuestrar la información contable del Colegio de Abogados a fin de determinar si existe un manejo irregular de sus finanzas, indicando que no existe un grado de probabilidad suficiente como para realizar tal diligencia. Acto seguido ese mismo día, el Fiscal formuló una solicitud escrita de Desestimación, por considerar atípicos los hechos denunciados. El 09 de enero de 2017 y de conformidad con lo estipulado en el numeral 292 del Código Procesal Penal, el Lic. Mario José Piedra Montalbán, denunciante en este proceso, en tiempo y forma, ante el rechazo de sus solicitud de practicar diligencias, acudió ante el Juez Penal de la Etapa Preparatoria del I Circuito Judicial de San José, a fin de que dicho juzgador valorara la procedencia o no de la prueba solicitada, la cual había sido rechazada por el ente acusador. No obstante lo anterior, sin darle trámite a la gestión de la parte ofendida, mediante resolución de las 11:30 horas del 02 de febrero de 2017, el Juez Penal del I Circuito Judicial de San José ordenó la devolución de la presente sumaria al Ministerio Público, a fin de que el acto conclusivo de Desestimación cumpliera con el requisito del Visto Bueno de la Fiscalía Adjunta de Probidad, pero sin conocer la solicitud de practicar diligencias realizada por la parte ofendida. El 22 de marzo de 2017, el Fiscal Adjunto de Probidad, Lic. Róger Solís Correa, aprobó el requerimiento de la Fiscalía de Fraudes, por lo que la causa fue remitida al Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública ubicado en el II Circuito Judicial de San José, para que se conociera la solicitud de Desestimación, obviando darle el trámite previo a la gestión del Lic. Piedra Montalbán.

III. El 25 de abril de 2018, en audiencia oral señalada por este despacho, se conoció los fundamentos de la solicitud oral de Desestimación del Ministerio Público, así mismo, con la presencia de los denunciantes Mario José Piedra Montalbán, Carlos Roberto Loría Quirós, Didier Carranza Rodríguez y Eugenio Alberto Jiménez Hernández, se les dio audiencia en cuanto a su oposición a la solicitud Fiscal y el Lic. Piedra Montalbán interpuso Protesta Por Actividad Procesal Defectuosa con respecto al no conocimiento de su gestión de fecha 09 de enero de 2017.

IV. En los procedimientos se observan omisiones que pueden causar indefensión a las partes, motivo por el cual se decreta Actividad Procesal Defectuosa.

CONSIDERANDO:

I. SOBRE LA PROTESTA POR ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA PLANTEADA POR EL LIC. MARIO JOSÉ PIEDRA MONTALBÁN.

El numeral 175 del Código Procesal Penal establece "*No podrán ser valorados para fundamentar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales.*"

En eses sentido, el concepto jurídico de la Actividad Procesal Defectuosa hace referencia a todos aquellos defectos del procedimiento penal, sean relativos o absolutos, que de alguna manera puedan tornar en ineficaz un acto, pues el respeto a las normas procesales viene a constituirse en un garantía de la constitucionalidad del proceso. Dicho concepto se ha flexibilizado en los últimos años, pues la forma no es un fin en sí mismo, sino que el vicio cometido en los procedimientos debe ponerse en conocimiento de inmediato al ente Juzgador y cumplir con una serie de principios o requisitos, como el Especificidad, Trascendencia, Instrumentalidad, Convalidación y Saneamiento, entre otros. En lo que respecta al caso que nos ocupa, el Ministerio Público rechazó, mediante resolución de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del veinte de diciembre de dos mil

dieciséis, una serie de diligencias solicitadas por la parte ofendida, siendo la principal entre ellas, la de recabar la información contable del Colegio de Abogados de los últimos años, no sólo a fin de demostrar una posible Malversación de los fondos provenientes del Timbre del Colegio, sino también a fin de investigar un posible manejo fraudulento de las finanzas de dicho ente público no Estatal; siendo que ante tal rechazo y según lo establece el numeral 492 del Código Procesal Penal, el Lic. Piedra Montalbán solicitó ante el Juez de la Etapa Preparatoria del I Circuito Judicial de San José, donde inicialmente se tramitaba la causa, su pronunciamiento sobre la pertinencia o no de la diligencia solicitada, **petición que en ningún momento fue conocida por dicho despacho**, sino que únicamente se limitó a pronunciarse sobre la improcedencia de la solicitud Fiscal de Desestimación, por carecer del visto bueno de la Fiscalía de Probidad, violentando de esta forma los derechos fundamentales de la parte ofendida. Posteriormente, la presente sumaria fue remitida al Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José, únicamente para conocer la solicitud Fiscal de Desestimación, pero **sin poner en conocimiento de la existencia de la gestión de parte en cuanto al Rechazo de Diligencias**, causando nuevamente un perjuicio a la parte ofendida, no sólo en cuanto a sus derechos procesales, sino también en cuanto a sus garantías constitucionales de un derecho de respuesta y de una justicia pronta y cumplida. No es sino hasta la audiencia oral realizada por este juzgador para conocer la solicitud Fiscal de Desestimación, que la parte ofendida tuvo la oportunidad de hacer ver la existencia del vicio, motivo por el cual interpuso la correspondiente Protesta por Actividad Procesal Defectuosa.

Estima el suscrito Juzgador que dicha protesta resulta válida y que el vicio, de carácter relativo, sí existe, causándole un serio agravio a la parte recurrente, ha quien se le ha obviado el trámite de un proceso establecido en la norma adjetiva y darle un derecho de respuesta a su gestión. Se cumple además, con los principios que regulan la materia, como los son el Especificidad, pues hay una norma que regula el procedimiento que se ha omitido a la parte de manera grosera, propiamente el artículo 292 párrafo segundo del Código Procesal Penal; también se cumple con el principio de Transcendencia, pues se le ha causado un agravio o perjuicio a la parte, toda vez que no se le ha dado respuesta, en más de un año, a una gestión debidamente planteada; también se cumple con el principio de Instrumentalidad, pues el acto omitido en ningún momento ha alcanzado su finalidad y por

ende, el agravio continua, y finalmente; no concurre el principio de Convalidación, pues la parte ofendida protestó el vicio de forma oportuna ante este Juzgador, de ahí que es claro la existencia del mismo y del agravio que ha producido, así como de la necesidad de sanear los procedimientos.

En razón de lo antes expuesto, se llega a la conclusión que la forma de SUBSANAR EL VICIO ALUDIDO y SANEAR LOS PROCEDIMIENTOS, es conocer en el acto la solicitud del ofendido de fecha 09 de enero de 2017, visible a folio 223 del expediente, a fin de determinar si las diligencias solicitadas son pertinentes para la tramitación de la presente investigación, ello de conformidad con los numerales 175, 176, 179 y 292 del Código Procesal Penal.

Así mismo, se hace la observación al promovente Piedra Montalbán, que luego de revisada la sumaria no es acertado lo manifestado de forma oral en la audiencia, en cuanto a que el visto bueno del requerimiento Fiscal de Desestimación por parte de la Fiscalía Adjunta de Probidad, fue realizado por el propio Fiscal Auxiliar José Pablo Miranda Hurtado, sino que consta a folio 387 que la aprobación fue debidamente otorgada por el Fiscal Adjunto de Probidad, Lic. Róger Solís Correa.

II. SOBRE LA PERTINENCIA DE LAS DILIGENCIAS SOLICITADAS POR EL OFENDIDO AL MINISTERIO PÚBLICO.

Tal y como se ha venido indicando, mediante resolución de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del veinte de diciembre de dos mil dieciséis, el Lic. José Pablo Miranda Hurtado, Fiscal Auxiliar que llevaba la investigación, rechazó diversas gestiones de los denunciante por recabar prueba, principalmente, la de secuestrar la información contable del Colegio de Abogados a fin de determinar si existe un manejo irregular de la finanzas, indicando que no existe un grado de probabilidad suficiente como para realizar tal diligencia, razón por la cual, en fecha 09 de enero de 2017, de conformidad con lo establecido en el numeral 492 del Código Procesal Penal, el Lic. Mario José Piedra Montalbán solicitó ante el Juez de la Etapa Preparatoria del I Circuito Judicial de San José, *"Objeción al Rechazo de Diligencias"*, solicitando *A) continuar con la investigación y se recabe la prueba contable solicitada, y B) que se le tenga como víctima y se le impongan de sus derecho y obligaciones.*

Procede de inmediato este juzgador a resolver lo planteado por la parte denunciante, iniciando por la segunda gestión, es decir, por la solicitud de que se le "*tenga como víctima y se le impongan sus derechos y obligaciones*". En este punto, a criterio de quien suscribe, no es comprensible la necesidad de lo gestionado por el denunciante, pues en todo momento durante la tramitación de esta causa, se le ha tenido en condición de víctima y denunciante, tanto es así, que todas las incidencias del mismo le han sido comunicadas al medio por él ofrecido, siendo que inclusive este despacho lo convocó a la audiencia oral en que se conocería la solicitud de Desestimación Fiscal y le dio la oportunidad de hacer uso de la palabra. Ahora bien, en cuanto a la imposición de sus derechos y obligaciones, el señor denunciante es abogado de profesión y conocedor del derecho, siendo que desde su denuncia inicial (ver folio 38) ha manifestado el conocimiento de los mismo, por lo que tal pretensión resulta en innecesaria, toda vez que se le ha tratado como víctima en el proceso.

Diferente es el caso en cuanto la solicitud de *recabar la información contable del Colegio de Abogados* -por lo menos del años 2010 a la fecha-, pues a diferencia del criterio emitido por el señor Fiscal Miranda Hurtado en su resolución de fecha 20 de diciembre de 2016, considera el suscrito Juez Penal que existen indicios de probabilidad suficientes, aportados por los distintos denunciantes en reiteradas ocasiones, en los que hace ver la posible comisión de varios delitos, no sólo el de Malversación, sino también posibles delitos de Administración Fraudulenta y/o Peculado, cometidos por los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, de ahí que considero como Juez Penal de la Etapa Preparatoria, en mi función de contralor de los principios y garantías constitucionales del procedimiento penal, que la gestión realizada por las parte ofendida, no sólo es pertinente, sino necesaria para realizar un mínimo de investigación en el caso en particular.

Llama poderosamente la atención de este ente juzgador, que a pesar de encontrarnos ante hechos tan graves, en los cuales se denuncia un manejo irregular de miles de millones de colones en perjuicio de cientos de agremiados, la Fiscalía Adjunta de Fraudes del Ministerio Público, oficina rectora en este tipo de materia y especializada en casos de alta complejidad, se haya limitado a realizar como únicas diligencias de investigación, el solicitar al Colegio de Abogados cuántos agremiados gestionaron su pensión y el solicitar al Tribunal Contencioso Administrativo a *efectos videndi* el expediente en que obliga al Colegio de Abogados a crear un régimen de pensiones con el dinero ingresado por el

Timbre del Timbre, para que unos meses después, bajo un análisis superficial de varios tipos penales, al cual me referiré en el siguiente acápite, solicite la Desestimación de la presente sumaria por considerar los hechos atípicos. A diferencia de lo resuelto por el señor Fiscal en el oficio mediante el cual rechaza la diligencia de recabar la información contable del Colegio de Abogados, por considerar que no existe un grado de probabilidad suficiente como para realizar dicha gestión; estima el suscrito Juez Penal que de un estudio responsable y minucioso de los autos, se extraen elementos de probabilidad aportados por los denunciantes, como para considerar útil, proporcional y necesaria la diligencia en cuestión. Y es que sólo en la denuncia de los licenciados Loría Quirós y Jiménez Hernández (folios 156-177), la cual toma como base indiciaria el oficio número DFy P 076-2016, que el Colegio de Abogados remite en fecha 18 de noviembre de 2016 al Lic. Piedra Montalbán, donde mediante un cuadro comparativo, remite la información sobre el manejo de los dineros ingresados por concepto de timbres de los años 1993 al 2017; se detallan una serie de hechos, en apariencia irregulares, los cuales el Ministerio Público no analizó en su solicitud de Desestimación y en los que resulta cuestionable el manejo de los fondos por concepto del Timbre del Colegio por parte de la Junta Directiva y que ameritan una mínima investigación. Sólo por mencionar algunos de estos cuestionamientos, se indica en la denuncia citada, que el cuadro comparativo señala un descuento de un 12,64 % por concepto de Timbre en el período 2017, cuando la ley autoriza un descuento máximo de 6%, lo que genera una diferencia de miles de millones de colones y surge la necesidad de investigar, quién se estaría beneficiando con dichos descuentos ó dando fueron a parar dichos fondos. Además se indica en dicha denuncia, que es evidente en dicho cuadro, que existen importantes faltantes de dinero entre lo declarado como venta bruta del Timbre y la venta neta, hechos que podrían encajar en los tipos penales de Administración Fraudulenta y/o Peculado y que no han sido investigados por el Ministerio Público. Así mismo, en la copia del Presupuesto Ordinario 2017, aportado como prueba en la citada denuncia (ver folio 182), documentación que es posterior a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de setiembre de 2014 -en la que se le ordenó al Colegio de Abogados la creación de un Fondo de Pensiones para los agremiados con los dineros provenientes del Timbre del Colegio-, se logra observar que los dineros provenientes de dicho timbre, no están siendo utilizados para dicho Fondo de Pensiones y por ende, resulta indispensable

realizar un arqueo de las cuentas a fin de determinar posibles Delitos de Malversación y Administración Fraudulenta de las Finanzas. Aunado a lo anterior, en fecha 17 de marzo de 2017 (ver folio 387), los licenciados Loría Quirós y Jiménez Hernández denunciaron un hecho nuevo de Malversación, el cual tampoco fue investigado, ni conocido por la Fiscalía en su solicitud de Desestimación, mediante el cual refieren que, a pesar de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, quieren imponer a los agremiados la utilización de sólo un 25 % del concepto de ingresos por timbres para el Fondo de Pensiones, destinando el restante 75 % a otros fines distintos al establecido por Ley. Finalmente agregan los denunciados, que existe un manejo irregular de las finanzas del Colegio de Abogados, no sólo en cuanto al dinero proveniente del concepto del Timbre, sino en su generalidad, inclusive cuestionan que el presupuesto del 2017 se menciona que se destinaron veinte millones de colones sólo por concepto de gasto de vino, lo cual, consideran un ejemplo abusivo del uso de las finanzas del Colegio que podría calzar perfectamente en el delito de Administración Fraudulenta y que debe ser investigado por el Ministerio Público.

Así las cosas, luego de un análisis integral de los autos, el suscrito Juez Penal llega a la conclusión de que existen indicios de probabilidad suficiente como para establecer la posible comisión de varios delitos, entre los que podría estar la Malversación de Fondos, el Peculado y la Administración Fraudulenta, entre otros, los cuales únicamente pueden ser investigados mediante el análisis de la información contable y financiera del Colegio de Abogados, por lo menos de los últimos años, situación en que torna útil, pertinente y necesaria, la diligencia propuesta por la parte ofendida, razón por la cual, de conformidad con los numerales 277 y 292 del Código Procesal Penal, se remiten los autos al Ministerio Público a fin de que cumpla con las funciones establecidas por el numeral 62 del mismo cuerpo de leyes y se practiquen las diligencias necesarias para determinar la existencia o no de un hecho delictivo.

III. SOBRE EL RECHAZO DE LA SOLICITUD DE DESESTIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El numeral 282 del Código Procesal Penal regula la Desestimación y establece lo siguiente:

"Artículo 282. Desestimación. Cuando el hecho denunciado no constituya delito o sea imposible 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 los 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 y será apelable por esta, por el querellante, el actor civil y el Ministerio Público."...

En el caso en cuestión, a pesar de que esta autoridad jurisdiccional comparte algunos de los argumentos planteados por el Ministerio Público en su solicitud de Desestimación, propiamente en el análisis de los tipos penales de Desobediencia a la Autoridad e Incumplimiento de Deberes, en los cuales también considero que no se configuran sus elementos objetivos y subjetivos, lo cierto es que, más allá de las calificaciones jurídicas que las víctimas hayan dado en sus denuncias, existen una serie de presuntos hechos delictivos respaldados con indicios de probabilidad suficiente como para iniciar una investigación, que en todo momento el ente Fiscal ha sido renuente a practicar, siendo incluso que la propia solicitud de Desestimación omite pronunciarse sobre varios de estos hechos denunciados, sobre los cuales ni siquiera hace mención en el cuadro fáctico de hechos y mucho menos a la fundamentación de la solicitud, motivo por el cual, considera este tribunal, que el requerimiento Fiscal carece de una adecuada fundamentación por estar incompleto y en consecuencia, procede ordenar la devolución de las actuaciones al Ministerio Público rechazando la gestión, para que proceda en lo que derecho corresponda.

Por otro lado, aunado a la inexistente fundamentación de la solicitud Fiscal con respecto a varios de los hechos denunciados, considero que tampoco resulta atinada la tesis del Ministerio Público con respecto a la solicitud de atipicidad por el delito de Malversación, aduciendo a la imposibilidad de acreditar un dolo de los miembros de las diversas Juntas Directivas. Si bien es cierto resulta razonable plantear que las Juntas

Directivas que estuvieron en el cargo entre 1963 al año 2014, pudieron haber actuado de forma negligente en cuanto a la utilización de los dineros provenientes del Timbre del Colegio de Abogados, puesto que tenían una "errada" interpretación de la Ley 3245, misma que dio origen a dicho timbre, lo cual, tal y como lo hizo ver la Fiscalía en su gestión eliminaría la tipicidad del tipo penal de Malversación, cuyo elemento subjetivo es de carácter doloso y no culposo; lo cierto del caso es que en esta tesis Fiscal se han dejado por fuera dos elementos aspectos fundamentales y que impiden acoger la misma. En primer lugar, resulta indispensable determinar cuál fue el destino que se le dio a dichos dineros a fin de establecer, si estamos en presencia o no de una Malversación, por utilizar los fondos en una aplicación distinta a la que fueron destinados, ó por el contrario, si los mismos fueron sustraídos, distraídos o utilizados de forma abusiva, resulta que podríamos estar en presencia de otras ilicitudes, cuyo análisis del tipo penal sería distinto, pero resulta imposible determinar el destino de dichos dineros en un caso en que no se ha practicado un sólo acto de investigación por parte del órgano acusador. En segundo lugar, en cuanto a su análisis del dolo en el Delito de Malversación, deja de lado el requerimiento Fiscal, a todos aquellos hechos acaecidos posterior a setiembre de 2014, fecha en que se dictó la firmeza de la sentencia bajo la causa 12-000629-1027-CA, misma que obligó al Colegio de Abogados a implementar el fondo de pensiones mediante los dineros ingresados por concepto de Timbre, y que las Juntas Directivas posteriores a dicha fecha han obviado, destinando dichos fondos a otros rubros, tal y como se demuestra en la prueba aportada por los denunciados y que ha sido referida por el suscrito en la presente resolución, hechos sobre los que no existe ningún pronunciamiento de parte del ente Fiscal.

Así las cosas, por considerar que la solicitud Fiscal de Desestimación carece de una adecuada fundamentación, no sólo en la valoración de aspectos sustantivos de los tipos penales denunciados, sino principalmente por obviar investigar y pronunciarse por varios de los hechos puestos en su conocimiento, SE PROCEDE A RECHAZAR LA SOLICITUD FISCAL DE DESESTIMACIÓN, conforme a lo estipulado en el numeral 282 del Código Procesal Penal y a devolver los autos al Ministerio Público, para que proceda en lo que ha derecho corresponda.

POR TANTO:

Conforme a las razones antes indicadas y con base en los numerales los numerales 15, 16, 62, 63, 70, 71, 141, 142, 175, 176, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 277, 290, 291 y 292 del Código Procesal Penal, este Tribunal de la Etapa Preparatoria procede a decretar de ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, SE ORDENA DEVOLVER LOS AUTOS AL MINISTERIO PÚBLICO A FIN DE RECABAR LA PRUEBA PERTINENTE Y SE RECHAZA LA SOLICITUD DE DESESTIMACIÓN, por estar incompleta la investigación y carecer de una adecuada fundamentación. **NOTIFÍQUESE. Lic. Herbert Andrey Mora Seas, Juez Penal, Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública.**



UT67Y9R5BME61

HERBERT ANDREY MORA SEAS - JUEZ/A DECISOR/A