



PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO
UNIDAD DE CAPACITACIÓN

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Presentación

Es una verdad incontestable que el derecho –en cuanto estudio del sistema jurídico– es una disciplina en constante formación, pues el ordenamiento jurídico se modifica en virtud de los cambios sociales, económicos y criminales, entre otros. Hoy la actividad de las organizaciones delictivas, con grandes capacidades de violencia y de corromper a los funcionarios públicos, se traduce en verdadera crisis para los principios básicos del Estado de derecho recogidos por la constitución política, en cuanto las garantías ciudadanas diseñadas para tutelar al acusado frente al poder de los entes oficiales, se han desnaturalizado y puesto al servicio de genocidas y capos de la criminalidad organizada. Me opongo radicalmente a las soluciones de hecho, pues con ello se pierde la democracia como vehículo de la libertad individual. Pero no desconozco la necesidad de actualizar, tanto desde el interno de los Estados como de los foros internacionales, la normativa constitucional para hacer efectiva la persecución penal sin disminuir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ante las nuevas formas, se ha mudado la concepción de garantía constitucional en algunos casos: Así por ejemplo, resulta evidente la desaparición de la res iudicata en materia penal, frente a delitos de competencia de la Corte penal internacional, pues de dictarse sentencia absolutoria por los tribunales nacionales, debe intervenir la Fiscalía penal internacional para abrir los procesos ante la citada corte. Asistimos a la ruptura de paradigmas, en cuanto la comunidad internacional se ha arrogado el conocimiento de causas, inicialmente de competencia de los tribunales internos estatales, para suplir en su lugar la justicia que se dejó de aplicar. Intervención en asuntos internos de los Estados, desconocimiento de la absolutoria venida en carácter de cosa juzgada por los tribunales nacionales, cuestionamiento a la soberanía y a la libre autodeterminación de cada país, y, hasta cierto punto, la presunción de inocencia porque el Fiscal penal internacional interviene ante una absolutoria que considera injusta. La caída de la cosa juzgada arrastra esta lista de garantías.

Por ello resulta más que oportuno y conveniente volver los ojos sobre la norma fundamental, pues el derecho penal y el derecho procesal penal son derecho constitucional aplicado. Basta pensar que la pena, de prisión o de multa, es la suspensión individualizada de una garantía constitucional: la libertad o la propiedad. Pero durante el curso del proceso penal, es normal encontrar resoluciones judiciales que suspenden garantías constitucionales, como es el caso del allanamiento, cuyo efecto es la pérdida temporal de la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la intimidad; la intervención telefónica, que suspende la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones; etc.

Por ello resulta refrescante el trabajo de Lucila Monge Pizarro, pues constituye un aporte vital para el Ministerio Público, dentro del marco del Programa Poder Judicial-BID. A la vez, nos abre la puerta para reflexionar en los cambios necesarios para luchar contra la criminalidad, y de preservar al individuo como centro y fin de la organización social.

Conocí a la autora cuando estudiaba derecho y laboraba en el entonces Digesto de jurisprudencia del poder judicial. Hoy, después de haberse posgraduado, nos regala sus conocimientos adquiridos como letrada de la Sala constitucional de la Corte suprema de justicia, cargo que ha servido por muchos años. Se trata, indudablemente, de un pequeño éxito en una carrera que se adivina creciente.

Gracias por su colaboración con el Ministerio Público, pues es una institución que igual al derecho se encuentra en constante formación y pertenece a todos los costarricenses.

Francisco Dall'Anese Ruiz
Fiscal General de la República

ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción

Tema 1. El Sistema Constitucional y Democrático de Derecho
Límites a la Facultad Punitiva

1.1 NOCIÓN

1.2 Principios básicos que limitan el Ejercicio
de la Facultad Punitiva

1.2.1 Dignidad humana

1.2.2 Libertad

1.2.3 Ofensividad o lesividad

1.2.4 Legalidad

A) Principio de reserva de ley

B) Prohibición de analogía

i) Normas penales en blanco

ii) Tipos penales abiertos

C) El principio de irretroactividad

1.2.5 Culpabilidad

1.2.6 Igualdad

Tema 2. El Derecho General a la Justicia

2.1 Acceso a la Justicia

2.2 Derechos de la Víctima Como Sujeto en el Proceso Penal....

2.2.1 Jurisprudencia relevante sobre la víctima

2.3 Función del Ministerio Público

2.3.1 Reforma procesal

2.3.2 Naturaleza

2.3.3 Funciones

2.3.4 Jurisprudencia relevante sobre la función del fiscal

Tema 3. Principios, Derechos y Garantías que Integran el Debido Proceso.

3.1 Breve Noción del Debido Proceso

3.2 Principio De Inocencia

3.2.1 Interpretación restrictiva de normas que restringe
la libertad

3.2.2 La exclusión de la carga de la prueba al imputado

3.2.3 El principio de in dubio pro reo

3.3	Derecho a un Juez Regular, Imparcial e Independiente
3.3.1	Principio de juez natural o regular
3.3.2	Principio de imparcialidad
3.3.3	Principio de independencia
3.4	Inviolabilidad de la Defensa
3.4.1	El derecho de defensa material.....
3.4.2	El derecho a la defensa técnica
3.4.3	Derecho a la intimación
3.4.4	Derecho a la imputación.....
3.4.5	Derecho del imputado a un intérprete o traductor
3.4.6	Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y derecho del cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales del imputado de abstenerse a declarar
3.5	Excepcionalidad de las Medidas Cautelares
3.5.1	Aprehensión
3.5.2	Detención
3.5.3	Prisión preventiva.....
3.5.4	Medidas sustitutivas de la prisión preventiva
3.5.5	Incomunicación
3.5.6	Internación.....
3.6	Principios Relacionados con la Prueba.....
3.6.1	Principio de libertad probatoria.....
3.6.2	Principio de legitimidad de la prueba
	A) La prueba ilícita o espuria.....
	B) Inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas
	i) Allanamiento
	ii) Inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.....
	C) La cadena de custodia.....
3.6.3	Principio de valoración razonable de la prueba
3.7	Principios del Juicio Oral
3.7.1	Acusación como base del juicio
3.7.2	La oralidad.....
3.7.3	La intermediación
3.7.4	La publicidad
3.7.5	El contradictorio.....
3.7.6	Concentración y continuidad
3.8	Derecho a una Sentencia Justa
3.8.1	Motivación de las sentencias

	A) Fundamentación descriptiva
	B) Fundamentación fáctica
	C) Fundamentación analítica o intelectual.....
	D) Fundamentación jurídica
	3.8.2 Principio de correlación entre acusación y sentencia ...
3.9	Derecho a Recurrir del Fallo
3.10	Derecho a la Cosa Juzgada, Principio de Non Bis In Ídem O Única Persecución

Bibliografía.....

Conclusión.....

INTRODUCCIÓN

En una democracia, todos los poderes establecidos deben tener límites precisos y definidos a su actuación. El derecho de la Constitución que comprende tanto las normas expresas de la propia Carta Política, como las derivadas de sus principios y valores, los del derecho público en general y los del derecho internacional y comunitario constituye, sin lugar a dudas, la primera fuente de dichos límites, al establecer valores básicos que deben orientar todo el sistema político, social y jurídico, tales como: la dignidad humana, la libertad y la igualdad.

En el caso del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, se requiere de una labor permanente de fortalecimiento del respeto a los principios, derechos y garantías constitucionales que regulan la actuación de todos los órganos intervinientes en el proceso, por encontrarse de por medio la vulneración de los bienes más preciados de las personas, tanto de las víctimas del delito, como de los imputados que tienen la posibilidad de ser privados de su libertad, con las graves consecuencias que esto apareja.

El primer interesado en velar por el respeto a los límites y derechos fundamentales de las partes es sin lugar a dudas el fiscal, pues la efectividad de su trabajo dependerá de que se logre demostrar su hipótesis acusatoria, a través de un juicio justo y legítimo. Una investigación técnicamente bien realizada será infructuosa, si se lesionan los derechos y garantías de las partes.

Cada caso penal constituye un conflicto social, donde se confrontan derechos e intereses, tanto de los sujetos directamente involucrados, como de la sociedad en general, cuya paz y justicia social dependen, en gran medida, de la efectividad y confianza que los ciudadanos depositen en el sistema de Administración de Justicia y en todos los órganos involucrados. El Estado tiene el deber de otorgar una adecuada tutela a los distintos bienes jurídicos que se consideran relevantes y, en esta tarea, es de fundamental importancia la función que cumple el Ministerio Público, tanto en el diseño de la política de persecución penal como en la concreta investigación y tramitación de las causas.

Resulta consustancial a una democracia que la consecución de los fines no puede realizarse menospreciando la dignidad y derechos de la persona humana. Por esto, únicamente pueden utilizarse medios legítimos en la investigación de las causas penales. El principio de inocencia nos da la seguridad a todos de que

solo podrá ser considerada culpable una persona, si esto ha sido demostrado fehacientemente, mediante la realización de un juicio justo, donde se alcance absoluta certeza por parte de un tribunal independiente e imparcial, y a través de los medios probatorios permitidos. Ninguna persona está exenta de la fatal posibilidad de ser imputado en un proceso penal o de que una persona muy cercana lo sea.

Así, surge la necesidad de reforzar y renovar los conocimientos y destrezas de los funcionarios del Ministerio Público en la implementación práctica de los aspectos que conforman el debido proceso, con el fin de obtener un Órgano Acusador cada vez más profesional y calificado, acorde con el modelo democrático de justicia por el que optó nuestro constituyente. Este texto pretende servir de herramienta y de material de apoyo para esos fines.

Se parte de una base que consideramos esencial para poder contextualizar la labor fiscal, a saber, *“El sistema político constitucional y democrático de derecho”*. Este constituye el punto de partida, precisamente, es la razón de ser de los límites y formas existentes en el ejercicio de la facultad punitiva que marcan la diferencia con la persecución penal en un régimen autoritario. Dentro de estos límites, resaltamos la dignidad humana, la libertad y los principios de ofensividad, legalidad, culpabilidad e igualdad que son imprescindibles en un sistema de convivencia democrática. Posteriormente, se expone el tema del *“Derecho general a la justicia”*, donde se pretenden vincular el derecho de acceso a la justicia y los derechos de la víctima, con la función del Ministerio Público que es el órgano que, si bien debe atender al principio de objetividad, dada la estructura del proceso penal, debe velar particularmente por la tutela de estos derechos. Por último, se analizan cada uno de los aspectos o elementos que componen el debido proceso, con la advertencia de que no se trata de una lista taxativa, sino que se hace referencia a los más aplicados o utilizados en nuestro medio. Al final de cada uno de los temas, se incluyen casos resueltos en los tribunales, específicamente de la Sala Constitucional, la Sala Tercera de la Corte y los Tribunales de Casación Penal, con el objetivo de que puedan servir como material de trabajo en los cursos o talleres que se impartan y, además, posibiliten al lector un abordaje práctico de la temática.

TEMA 1 EL SISTEMA POLÍTICO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

LÍMITES A LA FACULTAD PUNITIVA

1.1 NOCIÓN

Siguiendo al ilustre jurista costarricense, Rodolfo Piza Escalante (q.D.g.), debemos señalar que el Estado democrático de derecho, históricamente surge en coincidencia con el desarrollo progresivo de la democracia en Inglaterra y, sobre todo, con los dos grandes movimientos revolucionarios democráticos del siglo XVIII: la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa. A partir de esos acontecimientos, se empieza a dar la transformación de la estructura político-jurídica del Estado moderno, con la concurrencia de tres grandes conquistas: el Estado de derecho, el régimen democrático y los principios de dignidad humana y libertad.

El Estado de derecho es aquel que se asienta sobre un sistema complejo de normas de conducta igualmente obligatorias para toda la sociedad, gobernantes y gobernados, el cual atiende a un orden de la razón objetiva de la ley y no a la voluntad subjetiva del monarca, frente al cual todos los ciudadanos tienen un trato igualitario y gozan de iguales garantías de legalidad. El régimen democrático es el que surge, cuando se transfiere la legitimidad del poder a su propio destinatario: el pueblo, quien mediante mecanismos representativos depurados, como los electorales, ejerce y conserva no solo el poder de escoger a sus gobernantes, sino también el de fiscalizarlos, dirigirlos y removerlos, así como el derecho de acceder a los cargos públicos. Y el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad constituye límites, tanto para el Estado de derecho como para el régimen democrático, los cuales no pueden desconocerse sin negar su propia esencia. Estos tres elementos resultan indisolubles para que pueda configurarse un sistema político constitucional y democrático de derecho:

Esas tres conquistas son inseparables en el pensamiento y en la realidad contemporáneos: sin Estado de Derecho no son posibles ni la democracia ni la dignidad y libertad del hombre; sin democracia no son posibles ni el Estado de Derecho ni la libertad y dignidad del hombre; sin esa dignidad y libertad no son posibles ni el Estado de Derecho ni la democracia. La experiencia lo confirma, y la historia de la sociedad contemporánea no es más que la historia de una lucha insoslayable

entre el esfuerzo paciente pero intransigente por realizar, perfeccionar y conservar a la vez el Estado de Derecho, la democracia y la dignidad y libertad del hombre, y las reacciones, hijas de la ambición o de la impaciencia, por desquiciar una cualquiera de esas tres patas del trípode de nuestra civilización, sin percatarse -o quizá percatándose a veces- de que al hacerlo degradan las demás y destruyen la posibilidad misma de una sociedad mejor¹.

El régimen político democrático de derecho se enriqueció con los aportes sociales de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, así como a partir, sobre todo, del final de la Segunda Guerra Mundial, con la internacionalización de los derechos humanos, la consolidación paulatina de organismos y regímenes internacionales y comunitarios, la progresiva injerencia de la comunidad internacional en asuntos, hasta entonces considerados como reservados al dominio exclusivo de los Estados y la consolidación del derecho internacional, como superior y condicionante de la validez de los propios ordenamientos internos, incluida su Constitución.

El Estado democrático de derecho viene a ser, pues, el resultado de ese desarrollo progresivo, desde la contribución inicial del “Estado de derecho”, sobre la base de la democracia política, del sometimiento al derecho, tanto de los gobernados como de los gobernantes por igual y, sobre todo, del reconocimiento de los llamados derechos civiles y políticos, derechos básicamente de libertad o autonomía frente al Estado. Con el tiempo, el Estado de derecho incorporó los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se consideran como derechos, no del individuo aisladamente como tal, sino en función de sus situaciones colectivas o sociales, derechos de prestación o a la acción positiva de un Estado interventor, socialmente comprometido con la justicia y la igualdad². Posteriormente, se incorporan otros derechos denominados “de tercera generación” o solidaridad, los cuales tienen que ver con aspectos, tales como: el derecho a la paz, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad, a un ambiente sano y equilibrado, entre otros.

1 Piza Escalante, Rodolfo. Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución. En: Seminario sobre Justicia Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 1993, p. 47-48.

2 Así expuesto por Piza Escalante, Rodolfo, en su artículo Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica. En: Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica. Compilado por Juan Carlos Castro Loría, Imprenta y Litografía García Hermanos, San José, Costa Rica, 1994, p. 657.

La Constitución Política, como norma suprema del ordenamiento jurídico, es la ley fundamental, producto del poder constituyente, es decir, de la capacidad y derecho que tiene el pueblo en una democracia de establecer su propio gobierno y de fijar las normas básicas para la convivencia social. Es la que determina las bases de la sociedad que está llamada a servir, tanto en lo que atañe a la estructura política, como en el establecimiento de los derechos y libertades fundamentales. Limita la actuación del Estado y de las demás personas públicas y privadas, reconociendo derechos que son inherentes a la persona humana y de aplicación inmediata y vinculante.

En el artículo 1 de la Constitución Política, el constituyente toma una decisión fundamental sobre el sistema de vida política y social que debe orientar todas las actuaciones públicas y privadas, al señalar:

Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

Al optar el legislador por el sistema de vida democrático, eligió el sistema de convivencia que mejor ha permitido garantizar el pleno respeto al ser humano, por la simple condición de ser, reconociéndole una serie de derechos y garantías fundamentales, tanto dentro del propio texto constitucional, como en los diversos tratados e instrumentos de derecho internacional, los cuales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 48 de la Constitución Política y 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se entienden incorporados a nuestra Constitución Política e, incluso, con valor superior a esta, en los casos en que concedan más derechos y mejores garantías³.

3 Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional, al señalar:

En tratándose[sic] de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a los derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución. (vid. Sentencia No. 3435-92 y su aclaración No. 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la Jurisdicción Constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años. (Sala Constitucional, voto 2313-95).

Incluso, la Sala Constitucional ha admitido que instrumentos de carácter declarativo, recomendaciones de organismos especializados, conjunto de reglas mínimas adoptadas en foros de autoridades y expertos, tratados suscritos por el Estado pero aún no aprobados por la Asamblea, etc., que no son formalmente tratados internacionales y no requieren, o no han recibido aún, la aprobación legislativa, puedan ser tomados como componentes válidos del parámetro de constitucionalidad, en virtud de la universalidad e indivisibilidad propia de los derechos humanos, así como porque la adopción de tales instrumentos, ya refleja una voluntad estatal de someter su conducta en favor de los derechos de las personas. Puede consultarse al respecto, la sentencia 5345-02. Así expuesto por Carvajal, Marvin. El proceso penal en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Texto inédito, 2005, p. 39.

La Sala Constitucional ha interpretado que el derecho de la Constitución está compuesto, tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del derecho internacional y, particularmente, por los instrumentos sobre derechos humanos que, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo, le transmiten su propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores, incluso anteriores a los mismos textos legislados, los cuales son, a su vez, fuente de todo el sistema normativo propio de la sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de derecho, el régimen constitucional, la democracia y la libertad. De este modo, cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios —entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que son, por definición, criterios de constitucionalidad— o bien que conduzca a situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado no puede ser constitucionalmente válido⁴.

Concretamente, en relación con la investigación de las causas penales, debe indicarse que el hecho de que se hubiera optado por el sistema de vida democrático hace que existan límites intrínsecos en la actuación de las distintas partes y órganos involucrados. No puede irse en búsqueda de la verdad de los hechos o de la solución al conflicto subyacente, con base en la utilización de medios de prueba ilegítimos o quebrantando en forma arbitraria los derechos de las personas. La investigación de un hecho delictivo para que sea efectiva y eficiente, debe hacerse en estricta observancia de las disposiciones legales que regulan la actividad de los órganos del Estado intervinientes en el proceso y con respeto absoluto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sobre el particular, la Sala Constitucional señaló:

Característica de todo Estado democrático como el nuestro es el imponerse límites a sí mismo, en respeto de las garantías a favor de las personas —administrados— frente a su casi ilimitado poder. El ámbito penal no se exceptúa y por el contrario, ante el ius puniendi del Estado se brinda a las personas que se ven sometidas a una investigación —por la supuesta comisión de un delito— una serie de garantías, con las que se pretende un equilibrio jurídico entre el administrado y el Estado, en aras de evitar la inseguridad que provocaría en el seno de la sociedad la investigación policial o judicial indiscriminadas y carentes

4 Sentencia 3495-92 de las 14:30 hrs. del 19-11-1992 de la Sala Constitucional.

de reglas, en las que se haga prevalecer el interés general sobre el de los seres humanos en particular. Nos estamos refiriendo a las garantías que rodean el ejercicio del derecho a la libertad personal en un Estado Constitucional de Derecho, entre ellos los requisitos para que se de una detención legítima, así como el derecho de defensa inherente a toda persona. Sobre el particular, manifestaron el doctor Luis Paulino Mora y la licenciada Sonia Navarro Solano: “El Derecho Penal, por constituir la más grave expresión del Poder del Estado, como poder punitivo, forma parte de ese sector de particular tensión, en el que precisamente debe procurarse un razonable equilibrio entre los derechos de la colectividad y los derechos del individuo y en el que la perspectiva constitucionalista significa el costo jurídico político de constituir un Estado democrático de Derecho, “coste” que sin embargo, conforma el beneficio de la estabilidad democrática y el respeto institucional por los Derechos Humanos y Libertades Públicas”. (Mora Mora, Luis Paulino y Navarro Solano Sonia. “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1995, p. 21. El resaltado no es del original. En esa misma obra, los autores muy acertadamente señalaron –en concordancia con la doctrina penal dominante- que el planteamiento garantista no puede ser jamás atacado o menospreciado, ni por la inseguridad ciudadana (ya sea real o bien construida por campañas de los medios de comunicación colectiva), ni por las necesidades de defensa social. Por tanto, los principios constitucionales han de cobrar toda su vigencia en el orden penal. De ahí que se hable del proceso penal como “derecho constitucional aplicado”, porque esta tensión –entre los derechos de la colectividad y los derechos del individuo– es la que un Estado de derecho debe conjurar con el más pleno respeto a los derechos humanos, entendiendo que el más mínimo resquebrajamiento de las garantías constitucionales, puede eventualmente ser más peligroso, por su carácter institucional, que cualquier otra reacción individual o colectiva contra la sociedad, como lo es el delito. Y añaden los autores en el mismo lugar: El desafío de la democracia consiste precisamente en una defensa legítima para combatir la criminalidad, no se puede acudir al delito, para combatir el delito. Pues como afirmaba Bettiol: “cuando se habla de terror penal no debe pensarse en que se manifiesta solo a través de guillotinas y pelotones de ejecución, porque terror es una leve condena pronunciada por el juez cuando no se señalan límites precisos a su arbitrio. Es por ello ciertamente, que nadie vive más inseguro

que quién padece un régimen en el que no se respeten las libertades formales, pues eventualmente, cualquier ciudadano, –el más respetable– puede cometer un hecho delictivo, al menos culposo, (tómese en cuenta por ejemplo que en nuestro país, las cifras estadísticas por accidentes de tránsito, son particularmente elevadas en una comparación relativa con otros países de nuestro entorno cultural) y todos anhelamos que en ésta fatal eventualidad, se nos respete nuestros derechos y garantías constitucionales [...].

(S 2648-01 de las 14:48 hrs. del 4 – 4 –2001 de la SC).

La democracia, a través de su organización y delimitación del ejercicio del poder, busca reivindicar al ser humano como eje central del sistema, frente al cual todo lo demás es instrumental, incluido el derecho que está para garantizarle un soporte de libertad y dignidad en todos los ámbitos de su vida. En este sentido, tanto el derecho penal como el procesal penal procuran dar solución a los conflictos o problemas que plantea la vida social, dentro de un esquema de valores predeterminado.

Asumirse como un Estado democrático de derecho obliga a respetar los límites autoimpuestos en la persecución de los delitos. De ahí que a pesar de las campañas de inseguridad ciudadana y de impunidad que orquestan principalmente los medios de comunicación colectiva, no se puede nunca perder el norte y caer en la trampa de lesionar los derechos fundamentales de los imputados para dar la apariencia de ser más eficientes.

La fórmula + represión + cárcel = una sociedad más segura ha resultado ser engañosa. La eficiencia se ha de medir en el respeto a todas las partes dentro del proceso: en la atención a la víctima que busca en el Estado una tutela de los derechos que le han sido lesionados; pero también en el resguardo de las garantías de quienes figuran como imputados, cuyo estado de inocencia debe prevalecer. Si bien es cierto, se ha de buscar un equilibrio entre los derechos del individuo y de la colectividad, la balanza no puede inclinarse a favor de esta, a costa de la arbitrariedad y la barbarie.

Como lo afirma el doctor Luis Paulino Mora, en la democracia no puede emplearse cualquier medio para el logro de los fines, sino solo de aquellos que legítimamente se han establecido. Así, refiriéndose específicamente al ejercicio del poder punitivo, acertadamente señala:

Los países que han optado por la democracia como sistema de vida, no constituyen excepción alguna, en ellos la delincuencia también constituye un serio problema y al sistema de justicia penal –policía, tribunales y sistema penitenciario–, se le tiene como el principal medio a disposición de la comunidad para buscarle solución, pero en una democracia por ser un sistema de organización socio-político que para lograr los fines que se ha impuesto, lo debe hacer utilizando solo determinados medios y repudiando expresamente otros, ordenándolos dentro de un sistema legal, que produce el Estado de Derecho que le caracteriza, esa represión del delito lo debe hacer con respeto a los derechos acordados en favor de todos. Esto es que, dentro de un régimen democrático la delincuencia solo puede ser reprimida mediante procedimientos previamente autorizados y acordes con ese régimen respetuoso de la dignidad del ser humano⁵.

Tal y como bien lo advierte, el autor Mario Houed Vega, la eficacia y el garantismo no son conceptos contrapuestos, sino complementarios:

En la medida que permitan la pronta indagación y represión de las conductas consideradas delictivas (lo cual implica a su vez la rápida puesta en libertad de aquellos individuos cuya culpabilidad no ha podido ser demostrada judicialmente), observando siempre el respeto y tutela de los derechos humanos, los cuales no pueden ser dejados de lado para seguir criterios de dudosa naturaleza (v.g. “seguridad ciudadana” u otros)⁶.

En este orden de ideas, debe señalarse que el sistema procesal que ha demostrado a lo largo de la historia ser el más respetuoso de los derechos y garantías que integran el debido proceso y, por ende, de los principios básicos que limitan el ejercicio de la facultad punitiva del Estado ha sido el sistema acusatorio que, a diferencia del inquisitivo, tiene como punto de partida el reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano:

5 Mora Mora, Luis Paulino. Principio pro libertate y proceso penal. En “Seminario sobre Justicia Constitucional”, San José, Editorial Juricentro, 1993, p. 236.

6 Houed Vega, Mario y otros. El Debido Proceso Penal. En: Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1997, p. 44.

A partir del examen de los textos constitucionales, los principios y valores que integran el Derecho de la Constitución, la jurisprudencia de esta Sala ha sido consistente en señalar que Costa Rica es un Estado Social (artículo 50 de la Constitución Política), democrático (art. 1 id.) y de derecho (arts. 9 y 11 id.). Dentro del esquema político de la configuración del Estado, la doctrina del Derecho Procesal Penal llegó a considerar al antiguo sistema procesal llamado “inquisitivo”, como una expresión de la teoría que concede al Estado un “poder absoluto” (juez inquisidor), modelo que ha evolucionado para conformar el procedimiento “acusatorio”, bajo cuya influencia se estructura nuestro actual Código Procesal Penal y que se le considera permeado por los principios constitucionales de la forma de gobierno democrática y de Estado de Derecho, de manera que la propia y más calificada doctrina moderna sobre el Derecho procesal penal, afirma que la necesaria “división del procedimiento penal” en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la básica idea de la teoría de la división de poderes, teoría que permite que el legislador independiente pueda introducir en la investigación y en el enjuiciamiento las “formas legales” garantizadoras, que transforman el sospechoso de mero objeto de investigación, bajo el imperio del Ejecutivo, en un sujeto del procedimiento judicial. Este principio, sin embargo, no implica el funcionamiento de cada órgano judicial en forma independiente, sino controlándose mutuamente e imponiéndose límites.

(S 2805-99 de las 17:30 hrs. del 27-04-99 de la SC).

El fiscal, quien tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación, es el principal interesado en velar por el respeto a los derechos y garantías establecidos a favor del imputado y de las partes dentro del proceso. En la medida en que se observen las normas que ordenan el procedimiento penal, puede asegurarse la realización de un juicio justo y legítimo que dé origen al dictado de una sentencia eficaz, donde se acredite su teoría del caso.

Cualquier investigación técnicamente bien realizada será infructuosa si se lesionan los derechos y garantías de las partes. La anulación de una sentencia en casación por violación a los derechos fundamentales no solo ocasiona un serio perjuicio a los directamente afectados, sino también a la sociedad en general que ve minada su confianza en la Administración de Justicia, pilar fundamental de la paz y la justicia social.

1.2 PRINCIPIOS BÁSICOS QUE LIMITAN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD PUNITIVA

1.2.1 Dignidad Humana

El reconocimiento de la dignidad humana constituye la base de la sistematización de los derechos que se atribuyen a toda persona en un régimen democrático, por el solo hecho de serlo, sin distingos de ninguna naturaleza. En el ámbito del derecho internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en el artículo 1, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que los derechos esenciales del hombre no se originan en el hecho de ser nacional de un Estado determinado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere que se reconocen esos derechos por derivar de la dignidad inherente a la persona humana, al igual que lo establecen el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes, entre otros.

Javier Llobet, en su obra *“Derecho Procesal Penal”*, cita al autor Villán Durán, quien señala que el fundamento del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra en la dignidad del ser humano, casualmente porque es la única idea o fuerza que aglutina a las diversas concepciones culturales, filosóficas, políticas, ideológicas, religiosas, morales y sociales, presentes en el mundo contemporáneo. De ahí atribuye el éxito que ha tenido la Declaración Universal de Derechos Humanos que se fundamenta, precisamente, en el elemento básico de la dignidad humana donde se reflejan todas las culturas de la humanidad⁷.

Nuestra Constitución Política, por su parte, en el artículo 33 contempla el principio de dignidad humana al establecer que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana; y en el artículo 40 prevé que nadie podrá ser sometido a tratamientos crueles o degradantes.

7 Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Citado por Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal*. II Garantías Procesales (Primera Parte). Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2005, p. 15.

El concepto de dignidad humana atiende a la necesidad de que la persona sea valorada, como un fin en sí misma y no en un medio para otros fines. Es por ello que, partiendo de este reconocimiento, el ejercicio de la facultad punitiva del Estado debe tener límites que impidan la instrumentalización del ser humano. Del principio de dignidad humana, se extraen todas las garantías y derechos que integran el debido proceso, tales como: la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho de abstenerse a declarar y el derecho a no ser torturado, entre otros.

Sobre el particular, manifiesta Javier Llobet que

[...] la base de la legitimación de un Estado de Derecho es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos de otros o se les ha condenado por ello, debe respetárseles sus derechos. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del ius puniendi, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes, puesto que se habría puesto al nivel de ellos [...]»⁸.

Del principio de dignidad humana, se deriva el de indemnidad personal, según el cual, la sanción penal no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni sus derechos. La persona no puede ser instrumentalizada por la sanción y no puede ser un medio para fines más allá de ella misma.

Claro está, en el marco del proceso penal, no puede solo atenderse a los derechos de los imputados, también deben protegerse los derechos de las víctimas, derivados de igual modo del reconocimiento de su dignidad. Asimismo, han de considerarse los derechos de las demás partes e intervinientes en el proceso.

La Sala Constitucional, en múltiples resoluciones, se ha referido al reconocimiento de la dignidad de la persona humana, como base de la tutela de los derechos fundamentales de las personas. Ejemplo de ellos lo constituyen los diversos pronunciamientos, en donde se ha referido al estado de las cárceles en el país. En la sentencia 1032-96, de las 9:03 hrs. del 1-03-96, señaló:

Las condiciones a las que están sometidos los internos en las cárceles, es un tema que evidentemente guarda una íntima relación con los derechos

8 Llobet, óp. cit., p. 92.

humanos, de allí que resulte necesario pronunciarse al respecto, aunque el recurrente ya no se encuentre detenido en el Centro en que lo estaba al interponer el recurso, por encontrarse en juego derechos que son inherentes a todo ser humano y que pueden verse lesionados a la hora en que el Estado aplica penas privativas de libertad a aquellos que han adecuado su conducta al tipo penal y aun a los que protegidos por la presunción de inocencia y se les tiene sometidos a la medida cautelar de la prisión preventiva. La añeja doctrina de la desprotección de los internos a los que se los consideraba sometidos a una relación especial de sujeción que reducía la relación interno-administración a la simple ejecución de la pena, a base de un tratamiento elemental para preservar la vida y la salud, dejó de ser, hace bastantes años, el régimen jurídico de los sistemas penitenciarios. Modernamente, la doctrina más calificada señala que en la ejecución de la pena, entre la administración y el interno solo pueden existir ciertas limitaciones en los derechos de las personas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (principio de legalidad); o lo que es lo mismo, que la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad solo puede restringirla proporcionalmente, preservando en todo caso, la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental. En síntesis, que la administración penitenciaria puede ordenar orgánicamente el proceso de ejecución de la pena, mediante un régimen disciplinario interno, pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica, sino del cumplimiento del fallo condenatorio, de conformidad con principios resocializadores.

Otro de los aspectos que ha ocupado la atención de la Sala Constitucional en materia de dignidad humana ha sido el de las intervenciones corporales:

Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social, así como toda organización que se precie de ostentar una legitimación sustancial de su existencia. Y ello es así, porque como dijo Beccaria, aunque refiriéndose a las penas, «no hay libertad, cuando algunas veces se permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa». Pero ¿qué encierra esa frase, qué debemos entender por dignidad humana? Ciertamente la definición es difícil, sobre todo porque las definiciones encierran en sí mismas ya un juicio de valor de quien las expresa, una carga ideológica, filosófica y política que les da contenido, y en consecuencia, pueden variar según

las coordenadas históricas, de tiempo y espacio, y por ello muchas veces se da por supuesto el significado y se evita su delimitación, lo que se traduce finalmente en un desconocimiento de la vigencia del concepto en la realidad. Pero esa es la tarea ardua del juez y especialmente del juez constitucional, que en determinado momento de la historia tiene que definir los alcances de un derecho, su significación dentro del orden social, político y jurídico y darle contenido e interpretación, y cuando lo hace, no puede pretenderse nunca que se ha dado el paso definitivo, y que lo dicho es inmutable, porque solo el avance de la sociedad y de los seres que la integran, marcará el norte a seguir, siendo pretensión de la conciencia humana, que nunca la redefinición sea para retroceder, sino para avanzar en ese reconocimiento de los derechos y atributos fundamentales de la persona. Vo.- El ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un «fin», como «persona». Cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado. [...] La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción. No podría en consecuencia, darse una intervención corporal que amenace la dignidad humana, porque con ello se socavan las bases mismas para el reconocimiento de los demás derechos y se pierde el marco básico para el respeto de la persona y, en consecuencia, para la existencia misma del Estado de Derecho.

(S 1996-01428, de las 15:36 hrs. del 27-03-1996 de la SC).

Se ha hecho énfasis en que las intervenciones corporales pueden realizarse incluso en contra de la voluntad del imputado, siempre y cuando se trate de mínimas injerencias en la integridad de la persona, tales como: el corte de cabello, la prueba de sangre y saliva, pruebas radiológicas y el reconocimiento, entre otros, en aras de la búsqueda de la verdad real, en esos casos el imputado se constituye en fuente de prueba:

La Sala Constitucional ha conocido anteriores casos en los que se plantean similares reproches a los que aquí se impugnan. La tesis de este Tribunal es que la toma de muestras de sangre, saliva, y elementos pilosos al acusado, por parte de un perito, de conformidad con el artículo 88 del Código Procesal Penal, aún sin el consentimiento del sospechoso, es decir, aún en contra de su voluntad, no implica un trato inhumano o degradante en su contra, siempre que la práctica de dichas pericias se realice a través de la utilización de los medios necesarios y que no perjudique la salud o la integridad física, ni signifique ninguna degradación para aquél. (En ese sentido, ver las sentencias número 9667-1999 de las 15:57 hrs. del 9 de diciembre de 1999, 8270-2003 de las 08:31 hrs. del 8 de agosto de 2003 y la 8259-2004 de las 14:46 hrs. del 1 de julio de 2004).

(S 6936-05 de las 08:40 hrs. del 03-06-05 de la SC. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 1567-05, 7259-04, 6026-02, 3486-02, 1753-02, 17209-05 y 14865-06, todas de la SC. Sobre este particular, también puede consultarse la sentencia 1158-06 de las 8:20 hrs. del 17-11-06 de la STC).

En los supuestos en que estén de por medio la dignidad, honra e intimidad de la persona, como por ejemplo, en la realización de los llamados test falométricos, en los que se requiere medir la capacidad de erección del pene, los registros y exámenes vaginales o anales, la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático, se requiere del consentimiento de la persona, en virtud de que trascienden ese límite inherente a la condición de ser humano. Sobre este particular, se estableció:

Si por ejemplo, se está ante un caso en que se sospecha que el acusado porta algún objeto dentro de su cuerpo –droga por ejemplo– en su recto, o en la vagina en el caso de la mujer, o bien en el estómago, la forma de comprobación aún contra la voluntad del examinado es, mediante las pruebas radiológicas o cualquier otra forma de comprobación

externa, que no puede entenderse en forma alguna como autorización para realizar un registro manual o con auxilio de aparatos, impuesto por las autoridades o realizado en forma coactiva, bien por el juez, el perito, o por las autoridades mismas de policía, y, cuando el acusado o examinado manifieste su consentimiento, ello no exime de que siempre la medida, cuando exceda la simple observación o inspección externa, deba ser practicada por un médico, con control jurisdiccional respecto de su realización. Si en el caso concreto se presenta el peligro para la vida y es necesaria la intervención quirúrgica, –por ejemplo, que se hayan reventado los óvulos con cocaína en el estómago o recto del imputado-, nos salimos de la esfera del proceso para entrar en el estado de necesidad que impone la intervención –con fines médicos y quirúrgicos, para salvar una vida- sobre la voluntad del paciente en este caso particular, lo que en todo caso no impide que una vez extraídos por la cirugía los objetos, éstos puedan ser utilizados dentro del proceso.

(S 1996-01428, de las 15:36 hrs. del 27-03-1996 de la SC. En igual sentido, S 1996-02893 de las 09:27 hrs. del 14-06-96).

Es importante tener en cuenta que, al hacer alusión a la dignidad de la persona humana, no solo ha de considerarse al imputado quien es el que más se expone a ser tratado en forma degradante y discriminatoria, sino también a la víctima del delito y a los demás sujetos intervinientes en el proceso penal, a saber: testigos, peritos, actor civil, entre otros⁹. Tratándose por ejemplo de las víctimas de delitos sexuales y de los menores de edad, en aras de proteger su dignidad, se ha establecido que pueden recibirse estos testimonios en forma privada, de conformidad con lo que establece el artículo 330, inciso e) del Código Procesal Penal e, incluso, según ha dispuesto la jurisprudencia, sin la presencia del imputado, en tanto quede representado por la defensa técnica¹⁰.

9 Refiriéndose a la dignidad de la víctima, la Sala Tercera de la Corte, en la sentencia 1088-98 de las 9:25 hrs. del 13-11-1998, señaló: “**En cualquier caso, es válido recordar que en virtud del principio de dignidad de la persona humana, en su labor de interpretación del tipo penal el Juzgador debe guardar respeto y consideración para todos los intervinientes en el proceso** (el subrayado no es del original) *de ahí que consideraciones tales, como que: “[...] ella no se portaba bien, no vivía con decencia y muchos (sic) se trataba de la mujer honorable y recatada[...]” (confrontar folio 100) o que poseía: “[...] baja estima y carencia de condición moral, mujer sin recato ni pura [...], y además: [...] escasa calidad moral tenía[...] (confrontar folio 101), deben suprimirse del marco fáctico, pues resultan ajenas al examen jurídico pertinente*”.

10 Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias 438-01 y 145-05 de la Sala Tercera de la Corte, entre otras.

En definitiva, afirmamos que la dignidad humana es una condición insoslayable de cualquier sistema de justicia penal que pretenda ser reconocido como “democrático”. Los operadores judiciales no pueden ignorar que cuando se enfrentan a un caso penal, están ante un conflicto humano donde concurre una serie de elementos que se deben considerar, tanto respecto de la dignidad de la víctima, sus familiares, su entorno, las consecuencias del delito en la colectividad, como respecto del imputado que, a pesar de estar siendo investigado o sentenciado por la comisión de un delito, no pierde su condición de ser humano. En la efectiva garantía de los derechos de las partes, radica precisamente la legitimidad del sistema de justicia penal. De otra forma, se vuelve arbitrario y deshumanizado, propio de regímenes autoritarios.

1.2.2 Libertad

Conforme hemos señalado, al haber optado nuestro constituyente por el régimen democrático, escogió un sistema de gobierno que garantiza –o al menos pretende garantizar– un pleno respeto por el ser humano, al reconocerle valores que le son inherentes. Dentro de los derechos que se tutelan en un régimen democrático, la libertad humana resulta ser un valor preponderante que permea todo el sistema político y jurídico. Uno de los principales fines en un Estado democrático de derecho será garantizar que todas las personas tengan y disfruten del máximo de libertad posible. No obstante, tal y como señala Albin Eser:

El ser humano tiene que ser objeto de contemplación no solo como individuo sino simultáneamente como miembro de la comunidad humana. Precisamente a partir de este hecho se derivan limitaciones inmanentes a su libertad: solo resultará legítimo el ejercicio de dicha libertad y su pretensión de respeto, en la medida en que no atente contra la misma, e igualmente respetable, libertad de otros y su esfera jurídica¹¹.

Se trata entonces de la permanente búsqueda del equilibrio entre la libertad de la persona humana por un lado y la tutela de los derechos de los demás, ya sea individualmente considerados como propios de las personas físicas (derecho a la

11 Eser, Albin. *Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano*. En: Revista de Ciencias Penales, número 15, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, p. 5.

vida, integridad física, propiedad, salud, etc.) o como atribuidos a la colectividad (salud pública, medio ambiente, fondos públicos, etc.).

La Constitución Política ubica el derecho de libertad, en primer lugar, dentro del Título IV correspondiente a los “Derechos y Garantías Individuales”:

El concepto de libertad abarca no solo la libertad ambulatoria, sino también otras formas de libertad: libertad de pensamiento, reunión, expresión, comercio, etc. Según este principio, las personas tienen derecho a determinar su propia vida y a buscar libremente su propio destino (lo que no le está prohibido, le está permitido) complementado con el principio de reserva de ley que limita a la ley formal emanada de un Poder Legislativo pluralista, democráticamente investido, con toda posibilidad de regular la libertad y, sobre todo, de imponerle restricciones o limitaciones.

En este sentido, el artículo 28 de la Constitución Política parte de la base de que la libertad es la regla y que solo puede ser limitada por el legislador por razones de orden público, moral y derechos de terceros. Por cuanto, se ha considerado que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos o irrestrictos, sino que pueden ser limitados y regulados –con excepción del derecho a la vida– cuando la convivencia social lo demande y, proporcionalmente, siempre que exista una disposición de rango legal que así lo permita.

Sobre el principio general de libertad, señala la Sala Constitucional:

La palabra libertad alude claramente a una esfera de autonomía que permite, sea en el orden físico o psíquico, moral o social, diversas opciones igualmente posibles y similarmente válidas frente a un hecho o circunstancia determinados. En este sentido, hay libertades, que siempre son derechos en cuanto implican opciones posibles en ejercicio de una autonomía de voluntad y de acción reconocida al ser humano. En nuestro ordenamiento jurídico, ese régimen de autonomía está principalmente regulado en el artículo 28 de nuestra Constitución, que dice: Artículo 28. Nadie puede ser inquietado por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley. De conformidad con el primer párrafo, las personas físicas están facultadas para hacer todo aquello que no infrinja la ley,

expresión totalmente equivalente al llamado principio de libertad, según el cual, para el ser humano, todo lo que no está prohibido está permitido. Por ello, nadie puede ser privado de hacer lo que la Constitución o la ley no prohíban, o por lo menos, lo que no habiliten expresa y taxativamente a prohibir. Esa reserva de ley en materia de libertad, también está regulada en la Ley de la Administración Pública en su artículo 19 que dice: Artículo 19. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia. Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta interpretación y aplicación de los principios dicho : El principio mismo de reserva de ley, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; Que solo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su contenido esencial; Que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial; Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. Ilo. El mismo artículo 28, en su párrafo 2, avanza un paso más, para armonizar aquel principio general de libertad, todavía meramente formal, con una concepción materialmente democrática que lo llena de contenido, colocando en su base lo que puede llamarse sistema de la libertad. Según éste, el ser humano, no solo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, que pueden resumirse en el concepto de bien común rec-

tamente entendido. El sistema de la libertad deja fuera de la acción del Estado, incluso de la ley, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, limitaciones que son necesarias para la supervivencia misma de la sociedad y la vigencia de sus valores democráticos y constitucionales, únicos parámetros válidos para sustentar restricciones a este derecho. Illo. Por su parte, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implica en ningún caso arbitrariedad, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, pues tienen que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad. En consecuencia, el orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o en palabras de Corte Plena, actuando como Tribunal Constitucional, como: el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra parte, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social (sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982) Por su parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad; y los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, en el sentido de que solo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad. Es claro entonces, que nuestro sistema de libertad, deja fuera del alcance de la ley —o lo que es lo mismo, de la acción del Estado—, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad,

quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. En virtud del artículo 28 constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad privada, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados.

(S 2175-96 de las 9:06 hrs., del 10-05-96 de la SC).

Además, afirma Carbonell Mateu que el Estado social y democrático de derecho debe tender a la máxima libertad entendida en el sentido material, para lo que son necesarios, lógicamente, unos ciertos grados de igualdad y de justicia. Se trata, pues, de que restringiendo las mínimas libertades posibles, se logra el mayor bienestar y, por ello, de libertad para todos¹².

La utilización del derecho penal, por suponer la mayor injerencia en la libertad de la persona, debe limitarse a los casos en que no sea posible utilizar un medio menos lesivo. Según el *principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio*, la libertad solo puede limitarse en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos y solo en la medida de lo estrictamente necesario. Expresiones de este principio son los de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de adecuación exige que el derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. Lo anterior implica que solo es legítimo hacer uso del derecho penal, cuando la pena sea adecuada para la tutela del bien jurídico y cuando además se persiga algún tipo de finalidad, debiendo rechazarse las teorías absolutas de la pena, donde no se persigue ningún fin.

Según el principio de necesidad, la pena debe ser la menor de las posibles sanciones que se pueden imponer, y cuando la pena resulta innecesaria, es injusta. Cuando sea posible sustituir la pena privativa de libertad por otras, debe disponerse. De ahí el carácter subsidiario del derecho penal que solo puede utilizarse cuando los demás medios resulten insuficientes y solo cuando sea útil para la protección del bien jurídico

12 Carbonell Mateu, Juan Carlos. Concepto y principios constitucionales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1995, p. 198.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se refiere a la ponderación que debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. No deben preverse ni imponerse penas o medidas que resulten desproporcionadas, en relación con la gravedad de la falta. De igual modo, no debe acudir a la utilización del derecho penal, cuando el bien jurídico no tenga la suficiente relevancia como para justificar esa intromisión.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad, en la determinación de los tipos penales, resulta de importancia citar la sentencia número 2007-18486 de la Sala Constitucional, en donde se entra precisamente a valorar este aspecto y se anula el tipo penal de “*Abandono dañino de animales*”, previsto en el artículo 229 bis del Código Penal:

*No hay duda que el artículo 229 bis consultado a esta Sala que hace referencia al abandono dañino de animales, pretende tutelar el bien jurídico de la propiedad, al tipificar la conducta de aquella persona que faltando al deber de cuidado, produce un daño a la propiedad ajena a través del abandono o negligencia en el manejo de ganado, animales domésticos u otra bestias y ello puede resultar acorde con el marco constitucional relacionado con la protección penal a determinadas actividades que afectan la normal convivencia social. Sin embargo, estima la Sala que la forma en que fue establecido el tipo penal, sí atenta contra los principios ya comentados de razonabilidad y proporcionalidad por las razones que se dirán. En primer lugar, considera este Tribunal que el hecho de que el artículo consultado establezca como sanción única, la pena privativa de libertad, resulta excesivo, pues basta con utilizar como parámetro de valoración otros tipos penales que se relacionan con la materia analizada para concluir que el legislador se excedió en su función creadora de normas. En efecto, el artículo 228 del Código Penal que tipifica el delito de daños **dolosos**, establece como sanción no sólo una pena privativa de libertad, sino que también otorga al juez la discrecionalidad de sustituirla por días multa, según la gravedad del daño. Por ello, no se justifica que en tratándose de un delito culposo o que a lo sumo tipifica la existencia de un dolo eventual, como el establecido en la norma consultada, la única opción probable para el juez sea imponer la sanción de prisión, lo cual evidentemente carece de razonabilidad si se toma en consideración que en este caso no existe una intención de producir el daño, sino la falta a un deber*

de cuidado o la aceptación de que se pueda producir con el abandono de los animales, bestias o ganado. Incluso si se toma en cuenta la contravención de “Daños Menores” establecida en el numeral 387 del Código Penal, se desprende que la pena a imponer es de días multa, lo cual lleva a concluir que en el caso de la norma analizada lo que se castiga es el **medio** a través del cual se produce el daño, sea ganado, animales domésticos u otras bestias y no el resultado de la conducta típica. De igual forma, resulta incomprensible que la norma impugnada establezca como única pena la privativa de libertad, cuando se observa que en el caso de **lesiones culposas**, existe también como alternativa una sanción de días multa, aun cuando en este caso el bien jurídico tutelado es la integridad de una persona, sin duda de rango mucho mayor a la propiedad que se pretende proteger con la norma analizada. Los anteriores ejemplos llevan a esta Sala a concluir, que la sanción impuesta por la norma analizada resulta desproporcionada al fin que se pretende proteger, sobre todo tomando en consideración que dicha sanción se impone independientemente de la cuantía de los daños producidos. Ello obviamente resulta violatorio al principio de razonabilidad y proporcionalidad, pues deja un margen de acción muy limitado al juez penal, además que como se indicó, lo que se castiga es el instrumento a través del cual se realizó el daño, y no la intención o el resultado producido por la falta al deber de cuidado. Por lo anterior, esta Sala estima procedente evacuar la consulta en el sentido que la norma analizada resulta inconstitucional.

Lo trascendental del fallo parcialmente transcrito es que la Sala, a pesar de que ha estimado que el diseño de la política criminal del Estado corresponde al legislador, incursiona en el análisis de la proporcionalidad de los tipos penales, estableciendo incluso comparaciones entre las diferentes figuras penales, desde el punto de vista de la intensidad de la lesión al bien jurídico tutelado, la acción que se tipifica y la sanción. Esto confirma el hecho de que el principio de proporcionalidad constituye un principio de rango constitucional que debe orientar tanto las actuaciones públicas como privadas y, por tanto, constituye un parámetro de constitucionalidad.

Como corolario del derecho a la libertad, surge el principio “pro libertate”, según el cual debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite, previsto en el artículo 2 del Código Procesal Penal, el cual establece:

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.

Como medida cautelar, se admite también la restricción de la libertad en los casos de la aprehensión, detención y prisión preventiva, siempre y cuando medien determinados supuestos constitucionales y legales (ver al respecto, el Tema 3.5).

El artículo 37 de la Constitución Política refiere:

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

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan el derecho a la libertad como un derecho fundamental del ser humano. Asimismo, establecen que nadie puede ser objeto de detenciones arbitrarias:

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (Declaración Universal de Derechos Humanos).

Artículo 25. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene dere-

cho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*
3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para ejecución del fallo.*
4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*
5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La Sala Constitucional ha resuelto que la libertad es un derecho fundamental, inseparable de la dignidad de la persona humana, básica para la efectividad de otras libertades públicas y derechos. Por ello la detención se presenta como una excepción a la libertad, defendida por dos principios: a) La libertad debe ser siempre la regla general y la detención es la excepción. b) La presunción de inocencia, como efecto y consecuencia del valor fundamental de la libertad. Es un

derecho fundamental que solo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho –determinados por ley– en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrante delito) y durante los plazos previstos por las normas constitucionales o las leyes.

La privación de la libertad personal solo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previstos en la Constitución y, subsecuentemente, en la ley. Solo puede ser expedida por las autoridades judiciales en los casos autorizados por la legislación, siempre que respecto a la persona sobre la cual va a recaer la medida, existan fundadas sospechas sobre su responsabilidad en la comisión del delito, así como sobre su intención de obstaculizar las investigaciones. Al ordenar tan drástica medida, el juez debe necesariamente razonar su decisión, para lo cual debe indicar los motivos de hecho y de derecho en que se apoya, pues no se trata de repetir los presupuestos legales que autorizan la medida, sino de darles contenido, a fin de que el interesado pueda ejercer su derecho de defensa e impugnar la decisión ante el superior (S 14917-05 de las 12:32 hrs. del 28-10-05 de la SC).

Recapitulando, podemos indicar que al igual que la dignidad humana, la libertad es un derecho inseparable en la concepción de un Estado democrático de derecho. Sin embargo, como todos los derechos –con excepción de la vida– y libertades, puede ser objeto de limitaciones y restricciones. La intervención del derecho penal solo puede darse en la medida en que resulte adecuada, necesaria y proporcional para la tutela de bienes jurídicos considerados de gran relevancia para la colectividad. De igual modo, se debe recurrir a la pena de prisión, como medida excepcional, solo en los casos donde no exista posibilidad de imponer una sanción menos gravosa y cuando se considere necesario para los fines del derecho penal. Igualmente, las medidas cautelares de privación de libertad solo pueden ser dictadas motivadamente en atención a los fines del proceso y en apego a lo dispuesto en las normas legales y en el derecho de la Constitución.

1.2.3 Ofensividad o lesividad

El principio de ofensividad o lesividad resulta ser otro principio básico garante, según el cual, solo se deben perseguir hechos o conductas que afecten o pongan en peligro determinados bienes jurídicos. En virtud de que la libertad es el valor primordial en un Estado de derecho, la existencia e intervención del derecho penal encuentra justificación, únicamente en la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos considerados de importancia fundamental para la colectividad.

Además constituye un límite al poder punitivo del Estado, en la medida en que el legislador solo puede prohibir y sancionar aquellas conductas que afecten un bien jurídico. La decisión de cuáles bienes jurídicos deben ser protegidos en la esfera del derecho penal y cuáles conductas deben ser sancionadas constituye un problema de política criminal. Sin embargo, no existe un consenso en la doctrina sobre cuáles bienes son los que merecen ser objeto de tutela jurídico-penal.

Algunos sostienen que solo deben protegerse aquellos bienes que se encuentren contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos de derecho internacional. Otros estiman que solo los bienes individuales son dignos de esta tutela por parte del derecho penal y no los colectivos. Para otros, el derecho penal también debe utilizarse para tutelar bienes jurídicos de la colectividad, en temas como la economía, los impuestos, el medio ambiente, drogas, terrorismo, política exterior, etc. Sobre este último aspecto, comenta la autora Blanca Mendoza Buergo:

Respecto al círculo de cuestiones problemáticas en la evolución del Derecho penal actual, se alude casi siempre en un lugar preferente a aquella que se refiere al bien jurídico. La crítica en lo relativo a esta cuestión consiste, básicamente, en la idea de que el actual desarrollo del derecho penal, influido por los novedosos ámbitos de los nuevos riesgos, supone la tendencia a una disolución del concepto de bien jurídico, que evolucionaría desde los contornos más claros de los bienes jurídicos individuales a los más vagos e imprecisos de los “nuevos” bienes jurídicos supraindividuales. La introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos es reconocido como una característica del Derecho penal actual, que surge con el Estado social, pero que se ha acentuado y agravado en el Derecho penal propio de la sociedad del riesgo. La tendencia es reconocida y, en ocasiones, incluso auspiciada por aquellos que, básicamente, defienden el cambio de paradigma de un Derecho que prohíbe lesiones individuales a uno que pretende procurar seguridad en todos los terrenos¹³.

13 Mendoza Buergo, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Primera Edición, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001, p. 68-68.

Para Ferrajoli, el principio de “*utilidad penal*” es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales solo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos, y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal¹⁴. También estima que la potestad prohibitiva del Estado tiene dos limitaciones: 1) Principio de Necesidad o de Economía de las Prohibiciones Penales (*nulla lex poenalis sine necessitate*): al ser la intervención punitiva la técnica de control social más gravosa para la libertad y dignidad de los ciudadanos, solo debe recurrirse a ello como remedio extremo (prohibiciones mínimas necesarias). 2) Principio de Lesividad: se refiere a la consideración utilitarista del derecho penal como tutela de bienes fundamentales. La necesidad de leyes penales está condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos. Según este autor, el principio de lesividad ha jugado un papel esencial en la definición del Estado de derecho moderno y en la elaboración –al menos teórica– de un derecho penal mínimo, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles, por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de lesividad se deriva del artículo 28 de la Constitución Política antes citado, en cuanto no podría tipificarse como delito, una conducta que no implique una afectación o puesta en peligro de los intereses o bienes de terceros, la moral o el orden público. Dicho principio limita no solo la actividad del legislador, quien no puede crear prohibiciones penales que no aparejen la lesión o puesta en peligro de derechos de terceros, la moral o el orden público, sino también opera como una regla de interpretación frente al caso concreto, ya que en aquellos casos, donde no se produce la lesión o puesta en peligro del bien, no se configura el injusto penal.

Las autoras Rosaura Chinchilla y Rosaura García refieren que con independencia de la posición de teoría del delito que se siga, ya sea ubicando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en la tipicidad o bien, en la antijuridicidad, lo cierto es que el resultado es el mismo, a saber, la falta de configuración de un injusto penal, sin perjuicio de que además pueda aplicarse un criterio de oportunidad por insignificancia del hecho¹⁵.

14 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, p. 464.

15 Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. En los linderos del ius puniendi. Principios constitucionales en el derecho penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, Costa Rica, 2005, p. 317-318.

La Sala Constitucional, en diversos fallos, ha subrayado la necesidad de que la construcción de los tipos penales involucre una violación o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. No obstante, también ha legitimado que el legislador cree figuras cuyo único objetivo sea la protección al orden público, así como delitos de peligro abstracto.

Como ejemplos tenemos:

1) Abandono del lugar del accidente

Se conoció de una acción contra el artículo 328 del Código Penal, el cual señalaba:

El que, después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después dar cuenta inmediatamente a la autoridad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años.

La Sala indicó al respecto:

*Si indagáramos el bien jurídico garantizado, a partir del texto del artículo 328, encontraríamos que no es, como aparenta, una defensa de la integridad corporal y de la vida. En efecto, uno de los elementos del tipo es que del accidente de tránsito hubieran resultado “lesiones o muerte”; de no haberlas, luego, la conducta no sería delictiva. **En realidad se trata, inconstitucionalmente, de una descripción de conducta, de un tipo en sentido objetivo, sin bien jurídico inherente, pues la integridad corporal y la vida son tuteladas por el numeral 142 del Código Penal.** (la negrilla no es del original). Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” -art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión*

significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero. (S 525-93 de la SC).

2) Ley de Armas

En la sentencia número 2805-96, se conoció de una consulta contra los artículos 48 y 97 de la Ley de Armas, por considerar que podrían lesionar el artículo 28 de la Constitución Política:

II.- Disponen los artículos consultados:

“Artículo 48. Armas en Poblado. No se concederá permiso para portar en poblado armas cortantes, punzantes o contundentes. La portación de las que excedan de 9 cm se considerará portación de arma prohibida y así se castigará. Se exceptúan las herramientas de trabajo, cuando se demuestre que ese es su fin.”

“Artículo 97. Portación ilícita de arma permitida. Se impondrá una pena de tres meses a un año a quien porte, sin autorización legal, o sin el permiso extendido por el Departamento, un arma permitida. Igual pena se le impondrá a quien porte arma blanca, cuya hoja exceda de nueve centímetros.”

*El primer reparo que se le hace al articulado es su contradicción con el principio de mínima intervención, que es una derivación del artículo 28 de la Constitución Política. En el criterio de esta Sala, las normas transcritas no rozan con este principio, pues la justificación de la intervención del Estado en la esfera de los derechos de las personas por medio del Derecho Penal es siempre la protección de la convivencia en sociedad, la convicción en la capacidad del Derecho Penal como medio eficaz y útil en la salvaguarda de los intereses vitales del hombre. Es así que el Derecho Penal constituye un sistema articulado que prevé una serie de sanciones para el caso que se violen esos intereses vitales, y la justificación de una norma penal debe provenir de la necesaria instrumentalización de las normas penales hacia los bienes jurídicos. **El argumento del consultante es que la portación de cuchillos, machetes y otros utensilios es una conducta cotidiana, por lo que no cabe sancionar conductas en virtud de que no generan una situación contraria a la moral o al orden público. Sin embargo, estas conductas sí generan una situación de amenaza concreta, real o de riesgo, contraria a la***

seguridad común, de modo que nada impide que el legislador establezca esta figura delictual en protección del bien jurídico que es la seguridad común. [...] (El resaltado no es del original) El segundo reparo alegado son los problemas de tipicidad que presentan las normas transcritas. El consultante considera que el artículo 48 presenta una indeterminación de la conducta y que cualquier objeto puede ser considerado arma impropia, y con la simple circunstancia de su longitud y que se porte en poblado se reprime [...] La conducta constitutiva de delito es la portación del instrumento que se considera arma y que causa peligro, que es la que precisamente se encuentra descrita. En estos casos el momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha, no es preciso esperar para que el resultado de peligro se produzca. El tipo penal no menciona el peligro entre sus elementos, se limita a definir una acción peligrosa porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de una acción de estas características. El legislador define en el tipo las notas que caracterizan la peligrosidad de la acción porque se supone que en estos casos el peligro se produce siempre. De manera que la labor del juez se centra en comprobar que la acción realizada posee las características que la definen legislativamente y como peligrosa. Una vez realizada esta comprobación, se deduce la imposición de una pena, que aunque no se define en el artículo 48 si se establece en el 97. IV.- Como último punto, el consultante refiere que en el artículo 48 se obliga al ciudadano a la prueba de la finalidad laboral de la portación de los objetos idóneos para constituirse en armas cuya tenencia es permitida, y que en el 97 ni siquiera se estableció el carácter de la sanción, pudiendo tratarse de prisión o inhabilitación. La cuestión fundamental que hay que tratar es si el artículo 48 exige que sea el justiciable quien demuestre la finalidad laboral. Una lectura detenida de la norma conduce a manifestar que esa demostración no se le carga al justificable quien siempre va a estar protegido por la presunción de inocencia, pero esta dispensa (congruente con su estado de inocencia) no impide que aquel aporte prueba en ejercicio de su derecho de defensa. El Estado, mediante los órganos de la acusación, es el llamado a desvanecer esa presunción, sustituyéndola por la atribución de culpabilidad.

Como puede observarse en este caso, se estableció como constitucional una conducta de peligro abstracto, donde no se requiere que se ponga en peligro real ningún bien jurídico.

3) Tenencia o fabricación de ganzúas.

En la sentencia 6410-96, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 230 del Código Penal que señalaba:

“Artículo 230.- Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad.”

Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Solo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a

la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido solo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición [...] no solo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho.”**Para concluir: La norma transcrita presenta una técnica legislativa autoritaria, en la cual se plasma un derecho penal de peligrosidad y de personalidad, amén de que la misma no tutela bien jurídico alguno. En efecto, se trata de un delito de peligro abstracto, en donde el verbo en la descripción tipificadora es “tener en poder” o “fabricar”. El legislador eligió incluir el adverbio “indebidamente” para que el intérprete concluya que hay formas “debidas” de “tener” o “fabricar” objetos que pueden ser utilizados eventualmente para cometer delitos contra la propiedad, y que solamente se castigarán las “tenencias” o “fabricaciones” “indebidas”.** (El subrayado no es del original). Esta descripción lleva al intérprete a realizar un análisis del valor social de los objetos tenidos o fabricados pero no en cuanto a su valor dentro de la construcción típica sino en cuanto al objetivo de política criminal de prohibición, es decir, llevar la interpretación del tipo a aquellas áreas que se supone que el legislador tuvo en cuenta y no precisamente las que conducen a castigar a los cerrajeros profesionales, carpinteros, mecánicos, todos los cuales suelen “tener” o “fabricar” instrumentos generalmente utilizados para sus respectivos oficios y que también suelen ser utilizados para cometer delitos contra la propiedad. Nos encontramos ante un supuesto en donde el legislador dibujó una determinada conducta de la realidad como conducta típica pero sin atender a la necesidad de establecer la prohibición ateniéndose a la efectiva tutela de un bien jurídico. Con el delito de tenencia y fabricación de ganzúas y otros instrumentos, el legislador costarricense no reprime

una conducta que efectivamente lesione o haga peligrar al bien jurídico propiedad, sino que trata de evitar conductas que eventualmente generarían –si se tratara de actos preparatorios– una delincuencia contra la propiedad. Esta técnica legislativa no solo es errónea sino también es contraria al principio de legalidad criminal, al hacer que se criminalicen una gran gama de conductas que no afectan a la sociedad ni a los valores sociales. Dicha técnica lleva a criminalizar situaciones que no son conductas, porque con el hecho de tener una ganzúa no se está violentando la propiedad, pero existe “peligro” de que se utilice indebidamente. El legislador hace un pronóstico sobre la contingencia de la conducta dañosa, la previene al penalizar estadios anteriores, donde no existe ningún bien jurídico lesionado, razón ésta por la que no debería haber intervención estatal punitiva. Es importante agregar que los tipos penales de peligro abstracto como el de estudio devienen en totalmente innecesarios ya que no existe posibilidad alguna de impunidad, pues de todas maneras siempre habrá un tipo penal que recoja la protección al bien jurídico que aquí se trataría de proteger, cuando efectivamente se lesione el bien jurídico, o se le haya puesto en evidente peligro por el actuar del sujeto (por ejemplo en el delito tentado). Las descripciones típicas como la de estudio afectan el valor certeza del derecho tutelado por el principio de legalidad criminal, razón por la que estamos ante un caso de inconstitucionalidad, al afectarse la función de garantía del tipo penal. (Véase al respecto también la sentencia 7034-96)

A pesar de lo resuelto en el fallo parcialmente transcrito, por sentencia número 1792-99, la Sala Constitucional estableció que los delitos de tenencia de instrumentos de falsificación y asociación ilícita no son inconstitucionales, porque sí tutelan un bien jurídico:

[...] al aplicar la jurisprudencia expuesta a las normas discutidas en este caso, se concluye que no existen las violaciones constitucionales acusadas.

En cuanto al artículo 370 del Código Penal, su texto es el siguiente:

“Artículo 370.- Tenencia de instrumentos de falsificación. Se impondrá prisión de un mes a un año, al que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder materias o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este título.”

Las acciones que se sancionan son “fabricar”, “introducir en el país”,

“conservar en su poder” no cualquier tipo de bienes, sino un grupo de ellos bien definidos específicamente como “materias o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este título”; con ello se configura claramente una conducta atribuible a un determinado sujeto, la cual cumple a cabalidad con los requerimientos de la Constitución Política respecto del principio de culpabilidad. No resulta cierto afirmar que exista responsabilidad objetiva en este tipo penal y que sanciona a las personas aunque no se haya falsificado nada, pues no se trata de la sanción de una acción de falsificación (ni de sus tentativas), sino de otra conducta, plenamente diferenciada y perfectamente descrita en la norma discutida, para cuya imposición requiere -por parte del Juez- la necesaria demostración de que el imputado ha incurrido en ella, que le es atribuible, es decir: que fabricó, introdujo al país o posea los señalados materiales o instrumentos que destinará alguna de las falsificaciones a que se refiere el capítulo en que está ubicada la norma; no es trata pues de una simple tenencia de ganzúas u otros instrumentos como regulaba el tipo penal del anulado artículo 230. Los accionantes señalan que el tipo penal cuestionado no protege en realidad ningún bien jurídico, porque se les podrá sancionar por la tenencia de materiales e instrumentos que se pueden adquirir en cualquier ferretería del país, sin que sea necesaria la existencia de ninguna falsificación; tal afirmación, no se corresponde con la descripción existente en el tipo penal analizado, pues en él, se habla de materiales e instrumentos, pero se agrega -como una condición imprescindible para la configuración del tipo penal- el que ellos sean destinados a la comisión de alguno o algunos delitos de falsificación de los descritos en el Título XVI del Libro Segundo del Código Penal; de tal manera, una sentencia condenatoria por este delito, deberá incluir la certeza del juez respecto de la comprobación de la existencia de esa finalidad específica que se señala para el caso concreto. Por otra parte, **debe anotarse que los bienes jurídicos tal cual se definieron en la sentencia recién transcrita, no se agotan en el Código Penal, sino que nuestra Constitución permite al legislador ejercer una amplia discrecionalidad cuando se trata de reglar (sea estimulando o sancionando) las diferentes conductas de los ciudadanos, con miras al adecuado desarrollo social. Desde esta perspectiva, no cabe duda que una persona que fabrica, introduce al país o conserva en su poder materias e**

instrumentos cuyo destino es cometer los delitos de falsificación que se describen en el título XVI del Libro Segundo del Código Penal, atenta claramente con tales actos contra el orden y la paz sociales, y por eso mismo, aparece como correcto y razonable que el legislador haya decidido -con base en propio artículo 28 Constitucional- reprimir esa actuación, que puede fácilmente percibirse como lesiva de los valores morales y principalmente del orden público (la negrilla no es del original).

V.- Igual sucede con el artículo 272 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 272.- Asociación ilícita.

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

La pena será de tres a diez años de prisión si el fin de la asociación es realizar actos de terrorismo”.

En el texto transcrito queda descrita de forma suficientemente clara una conducta atribuible a una persona, cual es la de “tomar parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos”.- Es eso lo que se castiga y por lo tanto sí existe una conducta específica que resulta sancionable cuando se configura, independientemente que en algunas situaciones resulte ser actividad preparatoria para la comisión de otros delitos. No hay tampoco violación del principio de tipicidad cuando se establece la condición de la asociación sea para “cometer delitos” sin que se defina cuales son, pues lo cierto es que las conductas que constituyen delito están clara y taxativamente definidas por la legislación y, desde luego, la discusión sobre si una conducta concreta encuadra o no en la descripción hecha en la norma, para efectos de tener como existente la asociación ilícita, se debe resolver en la sede jurisdiccional, como parte de los elementos constitutivos del tipo penal, lo que implica la aplicación de todas las garantías constitucionales para el imputado. Resta analizar la cuestión relativa a la inexistencia de un bien jurídico que dé soporte constitucional a la decisión legislativa de punir la conducta definida en el artículo 274, pero como ya se ha dicho, la cuestión no consiste en tratar de subsumir o relacionar esta figura delictiva exclusivamente con alguno de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, sino que en definitiva lo que la Sala debe controlar es el apego de la actuación legislativa en esa materia,

a sus límites establecidos constitucionalmente, particularmente por el artículo 28 Constitucional; y en tal sentido, **resulta muy claro que tomar parte de una organización para cometer delitos, es una actividad claramente alteradora de la normal convivencia que pretende garantizar el ordenamiento jurídico, de modo que debe admitirse que el legislador está plenamente facultado para tratar de desestimularla mediante una sanción para quienes la realicen.**- (el resaltado no es del original).-

VI.- Como conclusión, no existe la violación constitucional que acusa en los artículos 370 y 272 del Código Penal, porque ellos respetan el principio de legalidad criminal y se dirigen a la protección de la sociedad contra actividades que, de quedar impunes, lesionan gravemente el orden público, de modo que no constituyen una extralimitación de las facultad legislativa para establecer sanciones.-

4) Ley de Migración y Extranjería

Posteriormente por sentencia 4673-03, se resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 88, primera parte, de la Ley de Migración y Extranjería, otorgándose una muy amplia interpretación al concepto de bien jurídico que contempla el artículo 28 de la Constitución Política:

*La conducta del extranjero que reingrese al país sin la debida autorización, una vez que fue deportado por alguna de las causales señaladas, sí resulta ser una acción que lesiona el orden público, que es en este caso el interés o bien jurídico que se pretende tutelar. El artículo 28 de la Constitución Política, tal y como se señaló, establece en qué casos está facultado el Estado para limitar el ejercicio de la libertad: cuando exista un daño a la moral, al orden público o se perjudique a terceros [...] considera este Tribunal, que [...] el tipo penal que se cuestiona no riñe con los principios de lesividad y ofensividad contenidos en el artículo 28 constitucional; por cuanto, **la conducta que se sanciona es contraria al ordenamiento jurídico, concretamente al orden público y en ese sentido sí existe un bien jurídico que se pretende tutelar** (el resaltado no es del original). Adicionalmente, hay que decir que en gran medida una política migratoria como la que implica la elevación a ilícito penal de conductas como la que ahora se analiza, tiene que ver con la propia seguridad del país o sus habitantes,*

ya que cualquiera de las hipótesis que contiene el artículo 88 de la Ley General de Migración y Extranjería arriba transcrito, puede estar originada en motivos graves que el extranjero tenga interés en ocultar. Estima la Sala, pues, que la respuesta del ordenamiento jurídico penal ante estas realidades, está justificada.

5) Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Más recientemente, en la sentencia 218-06 de las 15:57 hrs. del 18-01-06, refiriéndose a un tipo penal de la Ley sobre Estupefacientes, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

Se impugna el artículo 77 inciso b) de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, número 7786 del treinta de abril de mil novecientos noventa y ocho, reformada integralmente por la ley número 8204 del veintiséis de diciembre del dos mil uno, el cual textualmente señala:

“La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concorra alguna de las siguientes circunstancias en el autor o partícipe: [...]

b) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos o recreativos, en establecimientos penitenciarios y lugares donde se realicen espectáculos públicos.

Estima el accionante que dicha norma, en cuanto sanciona a quien introdujere droga en establecimientos penitenciarios, infringe el principio de lesividad derivado de los artículos 1, 28 y 41 de la Constitución Política, pues al utilizar el término “introducir”, potencialmente no podría considerarse la posibilidad de que se de un daño a la salud. Afirma que la norma refleja una contradicción formal por tipificar la acción de “introducir” que objetivamente no es capaz de afectar en forma potencial el bien jurídico. [...]. Si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien

que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales, pueden ser no solo retributivos, sino también preventivos, –ya de prevención general positiva o negativa–, resocializadores, etc.– La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión. La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, solo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que solo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post– para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga –desde una perspectiva ex ante– un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el

juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta.

V.- Sobre el bien jurídico protegido en los delitos de la Ley de Psicotrópicos.

El bien jurídico protegido por la Ley de Psicotrópicos está constituido por la salud pública. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual—aunque sí de forma mediata o indirecta— sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas. Puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad, de manera que lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión a la salud individual [...]. Claro está, el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro “presunto”, como una mera inobservancia de reglas, sino que debe existir una potencialidad de daño, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. Ello por cuanto, conforme se señaló, la intervención del derecho penal para regular la convivencia social en un estado democrático, solo puede justificarse en cuanto tienda a la protección de bienes jurídicos considerados relevantes.

De todo lo expuesto, se advierte claramente cómo la Sala Constitucional no solo ha admitido la creación de figuras penales para la protección de bienes jurídicos individuales, sino también ha aceptado como legítimo tutelar bienes jurídicos colectivos, incluyéndose dentro de tales: la seguridad común, el orden público, la normal convivencia, el orden y la paz social. Además, en la última sentencia citada, también los delitos de peligro abstracto se consideran acordes con el derecho de la Constitución, constituyendo la decisión de crearlos o no, un criterio de política criminal de eminente resorte legislativo.

En el análisis de la teoría del delito, el bien jurídico cumple una función legitimadora y teleológica importante y permite excluir el injusto penal, independientemente de si se ubica en la tipicidad o en la antijuridicidad¹⁶. Además, posibilita la aplicación del criterio de oportunidad por insignificancia del hecho previsto en el artículo 22, inciso a) del Código Procesal Penal.

1.2.4 Legalidad

El principio de legalidad es consustancial al Estado de derecho. En un sentido amplio

[...] tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. Vino a suponer el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley¹⁷.

Se puede definir a través del aforismo latino de Feuerbach: *“nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium”*.

Particularmente, en el campo del derecho penal, el principio de legalidad está previsto básicamente en el artículo 39 de la Constitución Política, el cual señala:

De igual modo, lo contemplan los artículos 1 del Código Penal y 1 del Código Procesal Penal.

Del principio de legalidad, surge el de reserva de ley, previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual solo mediante norma emitida por el Poder Legislativo, pueden regularse determinadas materias, dentro de las que se encuentra la limitación de derechos fundamentales.

Diversos instrumentos internacionales también recogen ese principio. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el artículo 11 párrafo segundo: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de*

16 Este tema es desarrollado en el Módulo de Teoría del Delito, redactado por los autores Cecilia Sánchez Romero y José Alberto Rojas Chacón.

17 Carbonell Matel, Juan Carlos, óp. cit., p. 102-103.

cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 9 que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15, párrafo primero establece:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Para Alberto Binder:

El ejercicio del poder penal debe de tener una estricta sujeción a la ley, como actividad propia del Poder Legislativo. Esto implica, tanto límites en la definición de los delitos como en la fijación de las penas, ya que es imposible determinar la gravedad de la conducta sin conocer el valor de la sanción, así como también valorar la proporcionalidad de la pena sin conocer a cuál conducta está enlazada¹⁸.

Podría sintetizarse el sentido del principio de legalidad, al señalar que se erige como una verdadera garantía del ciudadano, frente al poder punitivo del Estado que cumple una doble función: la política, al expresar el predominio del Poder Legislativo sobre los otros poderes del Estado y que se traduce en una garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, y la técnica que es donde se puede enmarcar el principio de tipicidad penal, en el sentido de exigencia para el legislador de utilizar fórmulas taxativas, claras y precisas al momento de creación de las figuras penales.

El principio de legalidad penal debe entenderse inmerso en todas las fases de creación y aplicación de los tipos penales: no hay delito sin ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sin un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley¹⁹. Por ello se habla de legalidad criminal, penal, procesal y

18 Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, 130.

19 Carbonell, óp. cit., p. 105.

de ejecución. Se trata, por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites; pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento, cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.

Del principio de legalidad, se derivan varias garantías concretas: 1) El principio de reserva de ley que alude a la necesaria existencia de una ley escrita (*lex scripta*). 2) La prohibición de analogía que tiene que ver con el hecho de que la ley debe describir la conducta punible en forma precisa y cierta (*lex certa-stricta*) como fuente creadora de delitos y penas, y debe impedir, como límite de la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador. 3) El principio de irretroactividad de la ley que implica que la ley sea anterior al hecho (*lex praevia*), 4) El principio de **non bis in ídem**, según el cual, no puede perseguirse a ninguna persona más de una vez por un mismo hecho ilícito.

A) Principio de reserva de ley (*lex scripta*)

El principio de reserva de ley atiende al hecho de que solo por medio de la ley formal y escrita, pueden crearse los delitos y las penas, así como el procedimiento penal aplicable. Ello implica que el núcleo central de las prohibiciones penales no puede estar establecido en un reglamento ni puede remitirse a la costumbre, la jurisprudencia, las directrices, principios generales del derecho, etc.

Al respecto la Sala Constitucional ha establecido:

El artículo 39 de la Constitución Política consagra, entre otros, este principio, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. La tipicidad garantiza que ninguna acción humana pueda constituir delito, si no la define como tal una ley anterior que dicte el órgano competente. En consecuencia, la tutela del debido proceso, ampara dentro de la protección al principio de legalidad, la garantía de la tipicidad penal, cuyo objeto consiste en proporcionar seguridad a los individuos de que solo pueden ser requeridos y eventualmente

condenados por conductas que estén debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico.

(Sentencia número 1995-02146 de las quince horas treinta y seis minutos del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco).

B) La prohibición de analogía (lex stricta-certa)

Según la prohibición de analogía o principio de taxatividad, no es posible forzar los conceptos para incluir conductas distintas de las previstas en la norma, aunque estas sean semejantes o análogos. Ello significa que toda conducta que no esté descrita en el tipo penal no puede constituir delito y, de igual modo, la conducta solo puede ser sancionada con las penas establecidas en la misma ley. La doctrina distingue la analogía en perjuicio del imputado y la que lo beneficia (*in et malam partem et in bonam partem*). La que está prohibida por el principio de legalidad es la que afecta los derechos del imputado.

La Sala Constitucional ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal²⁰. También ha admitido la constitucionalidad de los tipos penales abiertos, donde la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador. En ese sentido señaló:

No es que la apertura del tipo sea por sí misma una vulneración al principio de legalidad penal. Lo es cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, le resten claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. En los casos de los tipos abiertos, cuando éstos permiten sin mayores dificultades, individualizar la conducta prohibida acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal –como el concepto de culpa en los delitos culposos– no se incurre en violación al principio de legalidad²¹.

En las sentencias 1876-90 y 1877-90, se sientan las bases sobre el tema de la estructura de los tipos penales:

20 Sentencia 2005-06785, de las 23:47 hrs. del 31-05-2005.

21 Sentencia 2007-013159 de las 14:45 hrs. del 12-09-2007.

i) Normas penales en blanco. Son aquellas donde el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad, debiendo acudir para su integración a otras normas. En la sentencia 1876-90, el accionante plantea el problema de norma penal en blanco, por cuanto lo que se acusa como inconstitucional es que el tipo penal contenido en el artículo 394 del Código Penal sea completado por la remisión a reglamentos. Dicha norma establecía que

Artículo 394. *Se penará de 3 a 30 días multa por: 2) Infringir reglamentos sobre hoteles o lugares de esparcimiento: “Al que infringiere las leyes o los reglamentos relativos a teatros, hoteles, restaurantes, posadas, fondas, cantinas o cafeterías, o diversiones, espectáculos y bailes públicos y demás establecimientos o lugares de esparcimiento análogos, en todos aquellos casos en que la infracción no tenga señalada pena mayor.*

La Sala indica en esa sentencia los siguientes aspectos de importancia:

- a) El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de reserva de ley, en relación con los delitos, cuasidelitos y faltas: la ley es la única fuente creadora de delitos y penas.
- b) Esa garantía debe relacionarse con el principio de tipicidad que exige que las conductas delictivas, se encuentren fijadas en tipos previamente establecidos.
- c) La técnica legislativa ha aceptado como válida y necesaria la utilización de normas penales no completas, debiendo integrarse en relación con otras.
- d) Si la norma penal debe ser completada por una norma de rango superior (Constitución Política) o igual (ley), no existe ningún problema de constitucionalidad.
- e) Si la norma debe ser completada por una norma de rango inferior:

Es criterio de la Sala que esa técnica no se aparta del marco constitucional de división de poderes, siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena.

En el caso concreto, se determinó que la norma impugnada no era inconstitucional.

ii) Tipos penales abiertos. En la sentencia 1877-90, se plantea un problema de apertura del tipo, por cuanto se cuestiona el artículo 105 de la Ley de Tránsito que señala:

Las infracciones a lo dispuesto en esta ley, no sancionadas expresamente, se castigarán con multa de cuarenta a trescientos colones.

Se establecen en esta sentencia los siguientes puntos de interés:

- a) Se reitera el principio de reserva de ley: tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora en virtud del principio “nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege”.
- b) El tipo penal en un sistema democrático de derecho, cumple una función de garantía que implica que la redacción debe ser precisa y clara, a fin de que no se traslade al juez la determinación de cuáles son las acciones punibles y a fin de que el ciudadano sepa a cuáles normas debe ajustar su conducta.
- c) No obstante, la necesaria utilización del idioma y sus restricciones, obligan a que, en algunos casos, no pueda lograrse el mismo nivel de precisión: establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad debe hacerse en cada caso particular
- d) Estructura de los tipos penales: se establece que los tipos penales deben estar estructurados como una proposición condicional que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena); en la primera debe necesariamente indicarse al menos el sujeto activo y la acción constitutiva (verbo activo): [...] sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en el descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal [...] (1877-90).
- e) El artículo 105 de la Ley de Tránsito contiene tal apertura y defecto que ni siquiera permite calificarlo como tipo, ni aún en referencia o necesitado de complemento.

En este caso, la Sala sí declara inconstitucional la norma.

Con base en idénticas consideraciones, se declararon inconstitucionales –entre otras– las siguientes normas: por sentencia 5755-94, el artículo 64 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, número 6043 del dos de marzo de mil novecientos setenta y siete, el cual disponía:

Quien violare cualquiera de las prohibiciones o disposiciones restrictivas establecidas en esta ley o su reglamento y no se tratare de los casos a que se refieren los artículos 61, 62 y 63 precedentes, ni de delito de mayor gravedad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años, o con quince a cien días multa.

Por sentencia 6377-94, el artículo 119 de la Ley Forestal número 7174 del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa refería:

Quienes realicen otras actividades prohibidas por ley en reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios nacionales de vida silvestre y reservas biológicas, serán penados con prisión de uno a seis meses siempre que no tengan ya una sanción señalada.

Por sentencia 778-95, el artículo 30 de la Ley de Pesca y Caza Marítima:

Artículo 30.- Los infractores a la presente ley o a sus reglamentos, serán penados con multa de cien a cinco mil colones o su equivalente en arresto, de acuerdo con la importancia de la infracción cometida, y además a sufrir el comiso de los productos, artefactos de pesca, embarcaciones y demás instrumentos; tanto ellos como las multas ingresaron al departamento de pesca del Ministerio de Agricultura e Industrias.

Por sentencia 1085-93, los incisos 2 y 3 del artículo 23 de la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, número 5044 del 13 de septiembre de 1972:

El párrafo primero del artículo 23 de la Ley 5044 de 13 de setiembre de 1972 establece: “Las infracciones a la presente ley y a sus normas reglamentarias en que incurrieren las sociedades debidamente registradas [...] darán lugar a las siguientes sanciones:” No existe una descripción del hecho punible, sino que punible es aquello que sea contrario a esa ley y a sus reglamentos. Sea que es delito aquello que según el Auditor General de Entidades Financieras constituya

incumplimiento legal o reglamentario. El otorgarle a la Administración la potestad de definir mediante reglamento, cuáles de sus disposiciones tendrán sanción judicial, amparada a una ley que pena de esa manera el incumplimiento de normas reglamentarias, implica violar el principio de igualdad y proporcionalidad, ya que con su potestad de dictar reglamentos, la Administración a fin de cuentas decide imponer sanciones penales ante una determinada conducta ahora tipificada por ella. El artículo 124 de la Ley General de la Administración Pública establece que “Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares”. La tipicidad exige una estructura básica con sujeto activo y verbo activo, que pueden hacer referencia a uno o varios artículos de Ley o reglamento, pero esa estructura es necesaria para que el tipo exista. Utilizar términos como “Las infracciones a la presente ley y a sus normas reglamentarias [...]” al tipificar un delito, resultan por su vaguedad contrarios al artículo 39 de la Constitución Política, por lo que como tipificación de un delito el artículo cuestionado resulta contrario a la Constitución. Por ello esta Sala declara inconstitucionales los incisos 2 y 3 y párrafo último del artículo 23 de la Ley Reguladora de Empresas Financieras no bancarias.

En la sentencia número 5400-95, al examinarse varios tipos de la Ley de Conservación de Fauna Silvestre N.º 6919, se declaró que el artículo 46 no era inconstitucional, el cual indicaba:

La infracción a la presente ley y su reglamento constituye delito y será del conocimiento de los tribunales de justicia de las respectivas jurisdicciones.

Se estima que no se trataba de un tipo penal porque no contenía ninguna sanción. En cambio, sí se declararon inconstitucionales los artículos 47 y 48:

Artículo 47. Toda infracción a las prohibiciones de la presente ley y su reglamento será sancionada, la primera vez, con treinta días multa y con la pérdida del equipo de pesca o caza, lo mismo que con el decomiso de las piezas que constituyan el motivo de la infracción.[...]”.

Artículo 48. Las violaciones a la presente ley y su reglamento, ocurridas en áreas oficiales de protección de la flora y fauna silvestres, serán sancionadas con el triple de las penas establecidas en el artículo de la presente ley.

Asimismo se indicó que

La señalada forma de establecer la conducta tipificada, no permite determinar en la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, de manera segura y clara, cuáles son esas “prohibiciones” o conductas que el ciudadano debe abstenerse de cometer. El juez, a la hora de juzgar una conducta concreta, debe realizar una compleja operación para poder determinar cuáles son las conductas y así analizar si dicha conducta encuentra marco típico en lo dispuesto por esta ley. Tal complejidad e imprecisión impiden que el ciudadano pueda saber, a ciencia cierta, si su conducta constituye o no un delito. Esto es, evidentemente, violatorio del principio de tipicidad. Es cierto que en algunos casos resulta posible construir un tipo penal relacionando los artículo 47 y 48 con otras normas contenidas en la misma ley, pero también es cierto que, a la hora de determinar cuáles de los artículos contenidos en la ley describen conductas punibles, el margen de discrecionalidad del juzgador es muy amplio, la relación del articulado no siempre es clara y no siempre puede llegarse a una misma conclusión [...] (5400-95).

También, por las mismas razones, se anuló el artículo 27 de la Ley de Semillas N.º 6289:

El artículo 27 de la Ley de Semillas sí es inconstitucional, no se trata de un tipo penal en blanco, sino de un tipo penal abierto, que no describe la conducta, sino que simplemente se limita a establecer: “[...]serán sancionados con pena de diez a treinta días multa quienes cometan infracciones a otros artículos de esta ley [...]”. Evidentemente, dicho artículo contiene en su formulación tal apertura y defecto de estructura, que ni siquiera se puede calificar como tipo, ni aún en referencia, o necesitado de complemento. Esta situación resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 39 constitucional, ya que la norma no establece con claridad cuál es la conducta constitutiva de la infracción punible.

Se anuló también la frase “y demás regulaciones que ésta dicte” contenida en el artículo 97, inciso a) numeral 1) de la Ley de Tránsito (sentencia 102-98).

Por sentencia número 3004-92, la Sala anuló el artículo 117, inciso c) de la Ley de Derechos de Autor, el cual establecía:

Incurre en prisión de uno a tres meses [...] el que viole cualquier determinación de la presente ley, cuando el delito no sea penado específicamente con otra pena.

Al respecto consideró:

[...] no se otorgan los elementos necesarios para que el intérprete pueda fácilmente determinar cuál es la conducta que resulta constitutiva de la figura penal, pues deberá consultar en su integridad el articulado para determinar a cuáles conductas se les fijó específicamente una sanción penal, para de las restantes establecer si se encuentran penalizadas en el resto de la legislación penal y así por exclusión, determinar cuáles otras conductas son también posibles de ser penalizadas por la figura genérica que se comenta. La fórmula utilizada contraviene groseramente el artículo 39 constitucional, pues la conducta que se pretende reprimir no se encuentra demarcada en un tipo penal, su descripción es ambigua y genérica, atentándose así contra la comentada función de garantía que debe cumplir la tipicidad, contraviniéndose con ello el principio de ley previa contenido en el citado artículo 39 de la Constitución Política.

En relación con el delito de motín, previsto en el artículo 297 del Código Penal, se resolvió:

De manera que no es que la apertura del tipo sea por sí misma una vulneración al principio de legalidad penal. Lo es cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, le resten claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. En los casos de los tipos abiertos, cuando estos permiten sin mayores dificultades, individualizar la conducta prohibida acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal –como el concepto de culpa en los tipos culposos– no se incurre en violación al principio de legalidad [...] Así, considera esta Sala que no viola el principio de tipicidad, por cuanto la frase “alzare públicamente”

no deja al juez un margen indiscriminado de interpretación, sino que la valoración del elemento objetivo y de la intención del sujeto activo, es la inferencia lógica que permite comprender el contenido y el alcance de la figura delictiva cuya constitucionalidad consulta la autoridad jurisdiccional. La descripción del tipo delictivo de “motín” (artículo 297 del Código Penal) define claramente el contenido y alcance del ilícito penal, de manera que la aplicación judicial de esta figura delictiva no lesiona los límites constitucionales de la potestad represiva.

(S. 2007-013159 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de septiembre de dos mil siete de la Sala Constitucional).

C) El principio de irretroactividad (*lex praevia*)

El principio de irretroactividad está contemplado en el artículo 34 de la Constitución Política, según el cual *“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”*. Esto significa que ninguna persona puede ser castigada por una conducta que, al momento de la comisión, era lícita. La normativa penal solo puede aplicarse al hecho que tiene lugar con posterioridad a su puesta en vigencia, para evitar que alguien sea penado por un hecho que al tiempo de comisión, no era delito o, siendo delito, estaba sancionado con una pena menos gravosa que la consignada al ponerse en vigencia la nueva ley.

Ha señalado la Sala Constitucional que, por definición, las leyes rigen siempre hacia el futuro, por ser esta la única forma de concebirlas como reglas o normas de conducta o comportamiento humano y como instrumento para equiparar o igualar el trato que brindan las autoridades. Sin embargo, eventualmente puede valorarse un comportamiento pasado con una regla sancionada con posterioridad, juicio que está supeditado a un poder reglado; es decir, la aplicación retroactiva de una norma solo procede por mandato expreso de la ley y cuando con ello no se infrinja el precepto constitucional establecido en su artículo 34. La aplicación retroactiva procede únicamente, cuando con ello no se afecten persona alguna, derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y, por el contrario, se beneficie al interesado con esa aplicación retroactiva.

Asimismo, indicó que en materia procesal penal, no está prohibido que la ley se aplique retroactivamente, según ella misma lo establezca, únicamente respecto

de los casos pendientes, conforme al principio latino “*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*”. (Es cierto que las leyes y las constituciones dan forma a los negocios futuros y que no se retrotraen a los hechos pasados, salvo expresa determinación, tanto respecto del tiempo pasado como en cuanto a los negocios pendientes aún). En este campo, la doctrina señala que los procesos terminados no se rigen por la nueva ley, sino que esta es de aplicación únicamente a los futuros y, en relación con los asuntos en trámite, discrimina para que unos se tramiten conforme a la ley anterior y otros con la nueva, si han cumplido o no con determinados trámites o han llegado a una etapa precisa.

El principio de aplicación de la ley más favorable, por su parte, deriva de lo dispuesto en los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 12 del Código Penal, y atiende solo a las normas de carácter sustantivo. Así el artículo 408, inciso f) señala que procede la revisión de la sentencia, cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional.

En el caso particular de la prescripción, la Sala estimó que se trata de un instituto de naturaleza procesal y, por ende, no le resulta aplicable el principio de la norma más favorable:

En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por lo tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho), que dispone:

“[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de

ello”, y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado mediante ley número 4534, de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta):

“[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella.”

Este principio es regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal, el cual dice:

“Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue.”

Debe agregarse que el principio de la norma penal más favorable se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el juez -necesariamente- optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que se despenaliza la conducta: “Con relación a la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general, los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión. Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el artículo 34 de la Constitución Política que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable, la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado, como del texto del numeral 12 del Código Penal que indica: «Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.» El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores. El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obliga a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más

favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos. En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso, por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta. El Tribunal consultante deberá establecer si en el caso que se analiza se infringió o no el principio de aplicación de la ley penal más favorable” (sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho).-

En virtud de lo dicho, necesariamente debe concluirse que este principio constitucional (norma penal más favorable), no puede aplicarse en forma retroactiva en relación a las normas procesales.

(S 4397-99 de las 16:06 hrs. del 8-6-1999 de la SC).

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte, al señalar:

[...] ha de apuntarse que la aplicación retroactiva o ultractiva de la norma más favorable solo concierne a las de carácter sustantivo (la ley penal de fondo) y no a las procesales, para las cuales rige el principio de temporalidad (la vigencia temporal concreta de la ley adjetiva dentro del lapso definido por el legislador). Se sigue de lo dicho que cualquier pretensión que se funde en la benignidad de las previsiones del nuevo Código Procesal Penal con el fin de que sea esta normativa la que se aplique en una causa concreta; o que buscan hacer comparaciones de criterios jurisprudenciales “ahora que existe otro código”, parten de erróneos supuestos y no podrán prosperar. En segundo lugar, el Transitorio I del nuevo texto legal, en tanto dispuso: “Los procesos que, a la entrada en vigencia de esta ley, tengan auto de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria, aunque no estén firmes, continuarán tramitándose de conformidad con el Código anterior [...]”, no significa más que una selección por el legislador de ciertas actividades procesales, a fin de determinar un momento específico del curso de los procedimientos que permitiría distinguir la concreta aplicación de cada una de las sucesivas leyes. Las cuestiones sobre validez, eficacia o firmeza de los actos escogidos carecen de todo interés. Solo se requiere que la actividad procesal que en ellos se manifiesta y concreta se haya producido. Por ese

motivo, aun en el evento hipotético de que el auto de elevación a juicio decretado en esta causa hubiese sido declarado nulo o revocado, esa circunstancia no daría paso a que debiese aplicarse el Código Procesal Penal ahora en vigor, sino que los procedimientos tendrían que seguirse con arreglo a las previsiones del texto de 1973.

(S 257-03 de las 11:20 hrs. del 25-04-2003 de la STC).

Como síntesis de todo lo anterior, podemos indicar que el principio de legalidad se erige como un límite más de la facultad punitiva del Estado y constituye una garantía para el ciudadano en cuanto a que solo pueden atribuírsele conductas penales que se encuentren previamente descritas en la ley, en forma precisa y clara, y de igual modo, solo se le pueden imponer las sanciones establecidas en la ley que deberán ser ejecutadas conforme a ella. Asimismo, su juzgamiento solo podrá realizarse de acuerdo con las formas previstas en la ley, ya que las violaciones a la mera legalidad en esta materia se convierten automáticamente en violaciones al debido proceso, derecho de rango constitucional. (Así señalado en la sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional).

1.2.5 Culpabilidad

El principio de culpabilidad constituye otro límite al ejercicio del poder punitivo y se encuentra previsto en los artículos 39 de la Constitución Política; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 30 del Código Penal. Dichas normas, por su orden indican:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito...y la necesaria demostración de culpabilidad” (artículo 39 CP).

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (artículo 8.2 CADH). Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (artículo 14.2 PIDCP). Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención (artículo 30 Código Penal).

Asumiendo el concepto de culpabilidad normativa²², este principio implica que es necesario que se produzca la vulneración voluntaria de la norma con infracción al deber de abstención (conducta dolosa) o la infracción al deber de cuidado necesario para evitar la producción del resultado, como consecuencia de la realización de una conducta imprudente (conducta culposa). Exige que no se impute subjetivamente un delito a una persona, si no se comprueba la infracción del deber de no llevar a cabo la conducta delictiva o, excepcionalmente, de llevar a cabo la omitida, ni en mayor medida de la que se desprenda de la forma de vulneración del deber. En otras palabras, el principio de culpabilidad apareja la reprochabilidad de la conducta al autor, por el hecho de que a pesar de poder cumplir las normas y haber actuado de otro modo, no lo hizo. Se requiere que el sujeto tenga capacidad de culpabilidad para comprender la ilicitud de su conducta y determinarse conforme a esa comprensión.

De manera que no se impondrá pena, si la conducta no le es reproachable al autor. Se dispone que la persona debe haber realizado la acción, como parte del ejercicio de su libertad personal. El concepto de libertad personal o libre albedrío ha sido bastante cuestionado, por cuanto se afirma que todas las personas están sujetas a determinados condicionamientos de índole natural, social, psicológico, histórico, biográfico, etc. No obstante, lo que importa es que frente al caso concreto, la persona haya estado en capacidad real y concreta de tomar una decisión, a pesar a sus limitaciones.

Lo importante es que al concebir el principio de culpabilidad, como límite en el ejercicio de la facultad punitiva, en aquellos casos, donde no hubo libertad o la persona no pudo superar sus condicionamientos, no es posible aplicar la sanción.

Del principio de culpabilidad se deriva el principio de responsabilidad por el hecho, en cuanto nadie puede ser sancionado por su forma de ser o por la opción de vida que escoja. La persona es penalmente responsable por sus actos (derecho penal

22 El concepto normativo se contrapone al concepto psicológico, en tanto este último atiende a la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva; es decir, en el reflejo anímico de la realidad. Se critica esta posición, porque no da una explicación válida para el caso del enfermo mental que no es penado, a pesar de la existencia del vínculo psicológico y tampoco para la culpa inconsciente, a pesar de que se atribuye la culpabilidad, no existe nexo psicológico. La teoría normativa de la culpabilidad, por su parte, establece un juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico, por haber tenido este la capacidad de conocer el carácter ilícito de sus actos y adecuar su conducta a dicho conocimiento.

del hecho), desechándose el derecho penal de autor o de peligrosidad que es contrario a la dignidad y libertad humana. De esta forma, no puede castigarse a nadie por su conducción de vida.

También se extrae el principio de responsabilidad penal subjetiva o personal que exige que la persona responda penalmente por hechos propios y no ajenos, excluyendo la responsabilidad objetiva.

Asimismo, en virtud del principio de culpabilidad, al momento de la individualización de la sanción, debe tenerse en cuenta que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, lo que implica la aplicación del principio de proporcionalidad entre el hecho atribuido y la sanción.

La culpabilidad no solo es una garantía, sino también un elemento de análisis en la teoría del delito (tema que no será abordado debido a que es tratado por el manual correspondiente a la Teoría del Delito, elaborado para el Ministerio Público).

La Sala Constitucional ha desarrollado este principio en varias de sus resoluciones. En la sentencia 500-90 de las 17:00 hrs. del 15-05-90, se resolvió un recurso de hábeas corpus que presentó un funcionario de una empresa, a quien se sancionó por “Infracción a la Ley de Protección al Consumidor”, por el solo hecho de ser el representante, sin que se hubiera acreditado que efectivamente fuera él quien personalmente había realizado la conducta (marcación de precios de mercadería). En lo que interesa, se resolvió:

II.- El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el 30 que “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención”, de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva, o culpa invigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta –como ya se dijo– debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización

del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente. Con base en la responsabilidad objetiva, al autor de un hecho se le puede imponer una pena no obstante que su comportamiento no le pueda ser reprochado personalmente; en este caso lo decisivo es la causación objetiva del resultado dañoso, sin exigir que entre éste y la acción del sujeto exista relación de culpabilidad.

Un desarrollo pormenorizado acerca de la imposibilidad de fundar la responsabilidad penal en la peligrosidad se encuentra en la sentencia 88-92 de las 11: 00 hrs. del 17-01-92, donde se afirmó:

El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal –como un todo– esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dio con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito. Nuestro Código Penal en relación a la fijación de la pena parece seguir los principios de un derecho penal de autor (responsabilidad por lo que se es), al respecto dice su artículo 71, en lo que interesa: “El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse [...] atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.” Señala además que debe tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo y la conducta posterior al delito y pedir al Instituto Nacional de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales del reo, así como las referencias

a educación y antecedentes), sin tomar en consideración plenamente la función limitadora que en relación a aquél extremo debe cumplir la culpabilidad. Si al disponer el señalado artículo 39 constitucional que “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad” el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional, pero lo anterior no conlleva a estimar que el señalado artículo 71 sea inconstitucional, pues como luego se verá, el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar.

VIIIo.-Puede también negarse que el constituyente optara por un derecho penal puro, total, de culpabilidad. La fórmula empleada en el artículo 39 en comentario, permite también concluir que constitucionalmente hablando la culpabilidad solo debe exigirse al realizar el juicio de reproche para fijar si se es responsable penalmente por un hecho cometido, “A nadie se le hará sufrir pena sino “[...]” mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, dice la norma. El error conceptual que en este caso habría cometido el constituyente, al confundir culpabilidad con responsabilidad y con ello reducir el marco de exigencia de la culpabilidad –esto no lleva a concluir que la exigencia de tomar en consideración el mayor o menor grado de culpabilidad en la acción, para fijar la pena a descontar es inconstitucional– resulta excusable si se toma en consideración que autores de mucha categoría en el campo penal también han caído en esa confusión, pero de aceptarse esa tesis ello conllevaría a un resultado diferente al señalado en el considerando anterior en relación al problema planteado, pues el marco constitucional entonces solo exigiría la demostración de culpabilidad para imponer una sanción penal, pero el monto de ésta puede no estar relacionado con el grado de culpa con que se actuó. El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían

coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta –la culpabilidad– perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que solo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los hechos que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye. Este criterio, muy en boga en América Latina, no ha podido ser plenamente llevado a la práctica, en primer lugar porque el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces, este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en sí mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad, dado que el comportamiento propio del sujeto, jamás podrá ser el que representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la conducta del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el por qué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho. Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos -fin propio del derecho-, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal -pena- no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida

fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegitima para constituirse en medio de resocialización.

Se enfatiza que la persona es culpable por lo que hace y no por lo que es, lo cual impide al legislador sancionar conductas de peligrosidad, como se hacía con la Ley de Vagancia y Mendicidad que castigaba al mendigo por su sola existencia o condición, sin requerir que cometiera ninguna acción típica, antijurídica y culpable²³.

También ha señalado que pueden ser tomados en cuenta los antecedentes del imputado en la fundamentación de la pena, no como agravantes, pero sí como un elemento más por considerar dentro de la individualización:

En la sentencia número 03251-96 de esta Sala, claramente se establece que es constitucional tomar en cuenta los antecedentes del imputado a la hora de fijar el monto de la pena, dentro del mínimo y máximo autorizado por el legislador, tesis vigente en la actualidad. En lo que interesa se señala en esa sentencia: “La correcta utilización de los antecedentes penales del imputado o sentenciado para determinar aspectos de su personalidad a efecto de valorar la concesión de beneficios legalmente establecidos, ya ha sido definida por esta Sala en sus sentencias 00088-92, 03050-93 y 02760-96. Del análisis de esa jurisprudencia se puede concluir que no es posible tomar en cuenta los antecedentes penales de una persona como agravante de la pena, es decir para imponer un plus a la pena ya sufrida en irrespeto de los límites establecidos en el tipo penal por el que se le sancionó, pero

23 Véase la sentencia 7549-94, de las 16: 42 hrs. del 22-12-94 de la Sala Constitucional.

sí como una función orientadora del juez para establecer la probable conducta futura del encausado (ejemplo: la excarcelación). En el caso de la ejecución condicional de la pena, regulado en el artículo 60 del Código Penal, se autoriza –entre otras cosas– al juzgador a valorar la personalidad del condenado y su vida anterior al delito, así como el comportamiento posterior al mismo, especialmente su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias que lo han rodeado, y su condición de primario. El recurrente impugna la norma por dos motivos: porque a su juicio obliga al condenado a declarar en contra de sí mismo al exigirle el arrepentimiento, lo cual equivale a una especie de confesión a posteriori, y porque al permitirle al juez valorar la personalidad del sujeto y su vida anterior al delito, le está permitiendo tomar en cuenta los antecedentes penales, lo cual a su juicio, equivale a seguirlos valorando para determinar la supuesta peligrosidad del condenado. [...] Es inevitable pues, que el juez valore las condiciones personales del condenado como elementos objetivos que lo orienten a determinar la probable conducta del condenado [...] Dentro de las condiciones personales a valorar se encuentra el arrepentimiento del condenado y sus antecedentes penales[...] Por otra parte, se reitera lo dicho con anterioridad en el considerando I en cuanto a la reincidencia y peligrosidad como parámetros válidos para fijar la pena dentro de los límites de la norma, y en ese sentido se reiteran los conceptos señalados por esta Sala con anterioridad que indican: “Los Juzgamientos del acusado son en el contexto de nuestro Código de Procedimientos Penales, un elemento –objetivo– con que cuenta el juzgador para, atendida la naturaleza y circunstancias propias de la nueva causa que enfrenta, evitar que al acusado en libertad continúe lesionando el orden jurídico, lo que es un fin del proceso que garantiza el afianzamiento de la justicia en los términos de la Constitución Política” (sentencia 03050-93). “Cuando el juzgador analiza las condenatorias anteriores de un acusado, no trae nuevamente al proceso las causas fenecidas, ni lo vuelve a juzgar por ellas, sino que autorizado por la ley le otorga específicos efectos jurídicos -en relación con la conducta del encausado (Ídem).

(S 1550-00 de las 8:54 hrs. del 18-02-00 de la SC).

En la sentencia número 1020-05 de las 9:00 hrs. del 9-09-05 de la Sala Tercera, se hace un amplio y completo análisis respecto del principio de culpabilidad y su interpretación, el cual resulta de interés transcribir:

Por lo pronto, nos centraremos en la consideración de la culpabilidad como límite de la pena. La doctrina discute sobre los presupuestos de la culpabilidad y tradicionalmente se ubican, dentro de la teoría del delito, las concepciones psicológicas y la normativa de la culpabilidad, como aquellas más relevantes. La importancia de la culpabilidad está no solo en que es un elemento más de la teoría del delito sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada. Culpabilidad, siguiendo la teoría normativa que es la que más se ajusta a una visión racionalizadora del derecho penal, significa reprochabilidad, es decir, que la acción que es típica y antijurídica pueda serle atribuida al sujeto como una conducta libre y voluntaria y por ello, pueda serle reprochada mediante la imposición de la pena prevista para el delito de que se trate. Como componentes de la culpabilidad se tienen, en consonancia con lo dicho, la i) capacidad de culpabilidad, conocida como imputabilidad; la ii) capacidad de adecuarse a esa comprensión o reprochabilidad; iii) la exigibilidad del comportamiento conforme a la norma. Se parte, para emitir el juicio de culpabilidad, del reconocimiento de una base de libertad en el sujeto para decidir, identificable al menos, como señala Carbonell Mateu, con su capacidad para recibir los mensajes normativos y adaptar su conducta a los mismos. “[...]La afirmación de que un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, siendo así que cometió una conducta delictiva, equivale a decir que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de la que efectivamente actuó; es decir que el sujeto era libre de decidir si llevaba a cabo o no esa conducta, la adecuada a la norma. Pues bien, la denominada concepción normativa de la culpabilidad hace descansar en esa libertad del sujeto para decidir actuar de un modo u otro; siendo así que actuó en contra del Derecho puede resumirse la pretensión de la concepción normativa de la culpabilidad en que el sujeto pudo y debió actuar conforme a Derecho. Todo ello descansa en la misma idea de libertad de la culpabilidad. No parece adecuado a un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se motivó aunque no pudiera haberlo hecho; esto es, a quien

no tuvo la capacidad de optar entre llevar a cabo la conducta adecuada a la norma, motivándose por ella, o a la contraria, no motivándose. En cualquier caso estamos frente a un sujeto que pudo y debió actuar de manera distinta. Que pudo, esto es que tuvo la posibilidad física. Y que debió, esto es que el ordenamiento le exigía haber llevado a cabo esa otra conducta. Las expresiones ‘pudo’ y ‘debió’ nos conducen a la existencia de la infracción a un deber, del deber de obligación al que nos hemos referido con anterioridad [...]” (Carbonell Mateu, op. cit. p. 212.). Surgen varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales: i) se es culpable si se tiene la capacidad de comprender –en general– el carácter ilícito o no de las conductas; ii) se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecue o que no lesione la norma; iii) si se escoge libremente la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer. En esta operación cobran relevancia los fines de la pena definidos por el legislador, que deben ser considerados para el desarrollo de la individualización de la pena que también es una garantía que parte, indeclinablemente, del respeto al principio de legalidad, de modo tal que al individualizar la sanción no puede obviarse aquella que el legislador ha definido para la conducta de que se trate, porque en el estado actual de nuestro sistema el juez no puede desvincularse del dato legislativo ni puede seleccionar o variar la sanción según su mejor criterio, de manera que la dimensión del juicio de reproche, anticipado por el legislador en los extremos mínimo y máximo de la pena establecida, debe realizarse dentro de esos márgenes y ateniéndose a los lineamientos del numeral 71 del Código Penal. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante en cuanto a la aplicación, en nuestro sistema, de la teoría normativa de la culpabilidad, que es la que más se ajusta a un esquema racional y garantista de la teoría del delito y del poder penal en general, señalando que: “[...] En contraposición a un criterio psicológico de culpabilidad, que hacía depender el quantum de la pena del dolo o culpa con que hubiera actuado el agente, modernamente se sigue un concepto normativo, sustentable incluso en nuestro

ordenamiento penal, según el cual el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el agente –en la situación concreta– actuara conforme el derecho esperaba. Esta ha sido la tesis reiterada últimamente en la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que al interpretar el Código Penal ha concluido que el dolo y la culpa son parte del tipo penal y no de la culpabilidad. (En este sentido v. sentencias de la Sala Tercera N° 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992; N° 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993; N° 561-F, de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; y N° 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993.) Por las mismas razones, la formulación normativa que en un principio dejaba los elementos alternativos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad, tampoco es conciliable con la tesis jurisprudencial de referencia (v. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: Tratado de derecho penal, Tomo V, Buenos Aires, 1963, pp. 123 ss.) Actualmente la culpabilidad está compuesta por (a) la imputabilidad del agente, (b) el conocimiento de la ilicitud y (c) el poder actuar conforme a derecho (exigibilidad). De acuerdo a ello la culpabilidad se define «[...] como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto [...]» (CORDOBA RODA, JUAN: Culpabilidad y pena. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, p. 16.). La culpabilidad normativa obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad –sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables– en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanto mayor reprochabilidad mayor pena.

1.2.6 Igualdad

El principio de igualdad está contemplado en el artículo 33 de la Constitución Política, el cual señala:

Este principio implica que no se deben hacer diferencias entre dos o más personas o grupos de personas que estén situadas en las mismas condiciones. Por tanto, no se infringe si se otorga un trato desigual, cuando las circunstancias son a su vez desiguales.

En lo que atañe al derecho internacional, está contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), entre otros.

Este aspecto constituye un principio básico y elemental de un derecho penal democrático. Se erige como una limitación al ejercicio de la facultad punitiva del Estado, en la medida en que no es posible la creación de leyes que no sean generales; es decir, dirigidas a todos los ciudadanos que contemplen a los iguales como tales y otorguen un trato diferente a los desiguales. Tampoco resulta legítimo otorgar un trato discriminatorio a persona alguna, independientemente de su credo, nacionalidad, sexo, edad, condición económica, etc.

Lo anterior se dispone sin perjuicio de la posibilidad de crear figuras delictivas dirigidas solo a algunas personas, si solo ellas son susceptibles de lesionar determinados bienes jurídicos, (por ejemplo: funcionarios públicos, jueces), o bien, destinadas a proteger bienes poseídos solamente por algunas personas (por ejemplo, injurias contra el Presidente de la República, etc.). El principio de igualdad implica que no pueden hacerse discriminaciones contrarias a la dignidad humana. De manera que sí pueden hacerse distinciones, siempre y cuando estas sean razonables, otorgándose un trato diferenciado cuando así se justifique. Incluso se han considerado válidas las medidas positivas de diferenciación, cuando se requiera revertir una situación de desigualdad social o discriminación.

A manera de ejemplo, transcribimos los siguientes extractos jurisprudenciales, donde se plantean aspectos relacionados con el principio de igualdad:

Los artículos 307 y 145 del Código Penal, tratan ciertamente en forma distinta las ofensas al honor o decoro de una persona, según sea ésta un particular o un funcionario público. En los delitos contra el honor –artículos 145 a 155 del Código Penal– las penas son menos severas que las señaladas para el desacato; pero, esa agravación de la pena en razón de la función o cargo del ofendido no es la única diferencia que existe, pues como bien se ha indicado por la accionante en el escrito de interposición, los delitos contra el honor –injuria, calumnia y difamación–, según lo dispone el artículo 81 del ordenamiento represivo antes citado, son juzgados mediante el procedimiento señalado en el Código de Procedimientos Penales en su capítulo IV, permitiéndose el desestimiento, la conciliación y la retractación, posibilidades que no existen en el delito de desacato, por ser de acción pública. La sola lectura de los artículos 145 y 307 nos permiten detectar que esa diferenciación fue deliberada y que el legislador lo que pretendió fue tutelar en forma especial el respeto a la investidura del cargo. Los señalados artículos disponen, en lo que interesa a este pronunciamiento: “Artículo 145: Será reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella.

La pena será de quince a setenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público.” “Artículo 307: Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que ofendiere el honor o decoro de un funcionario público o lo amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personal o públicamente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por vía jerárquica. [...]” Como bien lo alega el Procurador General Adjunto, en cada uno de estos delitos se refleja una valoración de hipótesis que responde a una decisión político criminal diferente y específica. El legislador quiso diferenciar las penas y el procedimiento atendiendo al bien jurídico protegido. Así, en el desacato pretendió proteger en forma especial el principio de autoridad, la dignidad de la función pública, estimando que no puede haber disciplina social y política posible, si los órganos a través de los cuales el Estado cumple sus fines no son respetados. Debemos ahora cuestionarnos si ¿es esa diferenciación contraria al artículo 33 de nuestra Constitución? Illó.- La jurisprudencia constitucional a través de varios pronunciamientos ha logrado decantar el contenido del

principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución, señalando que por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Esa fórmula tan sencilla fue reconocida desde hace muchos años por la Corte Constitucional, a la fecha la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad antes de la creación de esta Sala especializada. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso. En el caso concreto, nuestro legislador quiso dar en relación con los que se desempeñan en la función pública, un trato diferente frente al acordado para los particulares. Así, no solo estableció delitos especiales y penas más severas para quienes en ejercicio de un cargo cometieren un delito, sino que atendiendo a los fines de la función pública y al necesario respeto que debe existir para aquellos que trabajan en el cumplimiento de los fines del Estado, les ha pretendido proteger con un trato especial de respeto a la investidura pública que ostentan. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad, y la acción para exigirles responsabilidad penal por hechos cometidos en el ejercicio del cargo, es de acción pública, según lo dispone el artículo 11 de la Constitución Política; quien ha escogido la función pública se encuentra, en virtud de la citada disposición constitucional, bajo la vigilancia constante del conglomerado social, en relación con su vida pública y en algunos casos de la privada, sin poder alegar que esa esfera de su persona debe ser sustraída de esa vigilancia o fiscalización, lo que si puede alegar en su favor el particular, quien en protección de su ámbito de intimidad, goza de un mayor espacio de actividad sustraída de la injerencia de las autoridades y de los particulares. Si se escoge la función pública como fuente de trabajo, se deben permitir ciertas injerencias en el reservado círculo de acción, en interés de una sana administración, injerencia que, como ya se anotó, no está permitida en relación con

los particulares. Si ello es así, considera la Sala que ha actuado bien el legislador al aceptar un trato diferente en relación con los delitos que ofenden el honor de los funcionarios públicos. Se permite una mayor injerencia, en la forma en que desarrollan sus vidas, para los que se desempeñan en la función pública, pero al propio tiempo la lesión a su honor, se protege en forma diferente, para evitar que sean atacados sin razón alguna. Si ello es así, debe concluirse que las razones que tomó en consideración el legislador a la hora de escoger sus criterios de política criminal, para estructurar los tipos penales contenidos en los artículos 145 y 307 del Código Penal, son racionales y congruentes, pues tiende -ese diverso trato- a lograr un justo equilibrio, entre el ejercicio de la función pública y su necesaria fiscalización ciudadana, permitiendo una mayor intromisión sobre el modo de actuar del funcionario, en relación con la actuación del particular, pero a su vez acordando una mayor responsabilidad del ciudadano que pone en tela de duda el ejercicio de la función pública del funcionario, sin fundamento alguno, por lo que el diverso trato que produce, no lesiona el principio de igualdad constitucionalmente garantizado en el artículo 33. El trato procesal desigual obedece a las mismas razones, por ello permitir el perdón o la terminación de un proceso donde se discute la posible ofensa al decoro u honor de un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, no resulta recomendable, pues el interés público exige que las condiciones personales del funcionario, que han sido puestas en duda, sean aclaradas definitivamente, como garantía del ejercicio de esa función que se presume se desempeña en favor de toda la comunidad, sin posibilitar que el ejercicio de la acción pueda estar sujeta al criterio de quien se dice ofendido y la prosecución de la instrucción a posibles acuerdos de última hora entre funcionario y agresor, con lo que se pueda evitar el esclarecimiento del caso.

(S 1372-92 de las 14:50 hrs. del 26-05-92 de la SC).

En el caso del procedimiento para juzgar las contravenciones, se adujo:

[...] el hecho de que el legislador haya regulado los delitos y las contravenciones en forma distinta, dotando de mayor garantismo a los primeros –en atención al tipo de bienes jurídicos que se protegen–, no significa que se hayan abandonado los principios constitucionales

en el proceso contravencional, simplemente porque su protección es a menor escala. Obviamente, las contravenciones protegen bienes jurídicos de menor importancia en la escala de valores que ha elaborado el legislador y en atención a ello, ha diseñado una respuesta político criminal diferente a la que elaboró para los delitos. Ya esta Sala ha reconocido la potestad que tiene el legislador de diseñar dentro de cada rama general del Derecho Procesal, procesos específicos que permitan adecuar la actividad jurisdiccional a la especialidad y a las particularidades de cada materia (ver sentencia 778-93).

(S 1054-94 de las 15:24 hrs. del 22-02-94 de la SC).

Algunos otros casos donde se ha planteado discusión, respecto de la aplicación del principio de igualdad, propiamente en la tramitación de las causas penales, han sido los referentes a la imposición de medidas cautelares, cuando hay varios imputados en una misma causa. Al respecto se ha considerado:

Por otra parte, en cuanto al alegato de igualdad esgrimido por el recurrente como fundamento de su reclamo, debe tenerse presente lo indicado por esta Sala en la sentencia número 2001-11278 de las quince horas veintiséis minutos del treinta y uno de octubre del dos mil uno, en la que se indicó: “[...] II.- Por otra parte, la recurrente acusa que otro imputado en esa misma causa se encuentra en libertad, mientras que en el caso del amparado se mantiene la prisión preventiva originalmente impuesta, lo que estima ilegítimo. En cuanto a este punto, esta Sala en la sentencia número 7026-98 de las dieciséis horas treinta minutos del treinta de septiembre de mil novecientos noventa y ocho consideró “[...] No obstante lo señalado en el considerando anterior, es menester indicarle al recurrente que los parámetros de determinación de la discriminación entre iguales para efectos constitucionales, difieren en mucho de los parámetros de equidad entre imputados al momento de ser sometidos a un proceso penal. La valoración del trato equitativo en tratándose de sujetos sometidos a una investigación judicial varía de acuerdo a las condiciones de los distintos sujetos, su relación con el hecho investigado, los intereses del proceso, y es de resorte exclusivo del Juez de la causa. No se puede equiparar la situación de un imputado a la de otro, aún en una misma causa cuando la responsabilidad es enteramente personal y son los vínculos con el proceso y los aspectos

personales del interesado los que deben incidir en la concesión o no de la libertad durante el proceso. Así, el principio de igualdad ante la Ley rige únicamente para efectos del proceso aplicado y las defensas que en él se contienen, dejándose a criterio del Juez y en beneficio del correcto devenir del proceso y de la averiguación de la verdad real, otorgar o no la excarcelación a un imputado dentro de su situación particular y denegarla a otro, igualmente dentro de sus propias circunstancias. De esta forma, debe rechazarse este reclamo, toda vez que la discriminación alegada no tiene asidero constitucional.” El anterior precedente es aplicable al caso en estudio, por lo que el hecho de que respecto de otros imputados se haya determinado –de conformidad a los elementos de convicción existentes– que no procedía el mantenimiento de tal medida cautelar, no permite concluir que en el caso del amparado debe darse necesariamente el mismo trato, con prescindencia de las circunstancias y peculiaridades de su caso particular. En todo caso, determinar si se configuran los supuestos que justifican el dictado y mantenimiento de dicha medida cautelar es un aspecto que procede dilucidar –en principio– en el proceso penal, por lo que si el amparado estima que procede revocar o sustituir la prisión preventiva, ello deberá alegarse en la propia sede penal [...]” (ver en similar sentido, la sentencia número 11105-01 de las doce horas cuarenta y cuatro minutos del veintiséis de octubre del dos mil uno). En consonancia con lo anterior, la disconformidad del recurrente con los hechos descritos es propia de plantearse en el propio proceso penal y no en esta sede, por hacer referencia a un conflicto cuyo conocimiento es ajeno al ámbito de competencia de este Tribunal.

(S 11613-04 de las 8:57 hrs. del 20-10-04 de la SC).

Otro ejemplo donde se pone en práctica el contenido del principio de igualdad es en el caso de los menores que figuran como víctimas de delitos sexuales, los cuales deben tener un trato acorde con su edad y condición. Propiamente sobre la valoración de su declaración, la Sala Tercera ha resuelto:

[...] El tema relacionado con la falta de precisión, las contradicciones o la exclusión o inclusión de hechos en el testimonio de un menor de edad víctima de abuso sexual, ha sido tratado por esta Sala y al respecto, se ha concluido que dichas características no necesariamente son indicadores

de mendacidad y que deben analizarse en forma conjunta con el resto de los elementos integrantes del proceso. Así, se ha sostenido: “[...] Esta Sala ya se ha pronunciado en cuanto a que la modificación de detalles que brinde el ofendido durante el desarrollo del proceso y en torno a los hechos de los cuales ha sido víctima, son totalmente esperadas dentro de la dinámica que rodea a los menores agredidos sexualmente. Recientemente, mediante sentencia número 2004-00556 de las 10:40 horas del 21 de mayo de 2004, esta Sala profundizó sobre este tema y señaló: “[...] Estas consideraciones encuentran respaldo en las reglas de la experiencia y la psicología, pues es de conocimiento común, ante los numerosos estudios que la realidad del abuso sexual en perjuicio de menores ha permitido descubrir, que efectivamente los menores de edad no están preparados ni física, ni emocionalmente para conductas sexualizadas, en especial por parte de adultos y cómo en razón de su inmadurez pueden percibir en forma distorsionada tanto el alcance como la naturaleza de las conductas específicas desarrolladas por los agresores, como también que es claro que tales experiencias resultan traumáticas, al punto que los menores no mantienen generalmente los mismos detalles en los distintos relatos. Por ello, pueden ir revelando aspectos poco a poco, como omitiendo información a través de las diferentes evocaciones que hagan de lo sucedido, todo como parte de un proceso de adaptación emocional y de sobrevivencia, sin que estos elementos puedan identificarse necesariamente como indicadores de mendacidad. Esto es especialmente relevante cuando se trata de una conducta de abuso reiterada y prolongada en el tiempo, porque la carga emocional que tales conductas abusivas en sí representan, unidas al vínculo que pueda existir entre el menor y su victimario, como del ambiente que le rodea y de las condiciones mismas que el autor aprovecha para actuar, junto a la inmadurez de la víctima, todo ello puede provocar que las narraciones de los hechos no sean precisas, o bien que por ejemplo, se generalicen los patrones de abuso, como que de pronto se revelen detalles novedosos y todas estas variables deben ser analizadas considerando la situación específica del menor y su condición de vulnerabilidad en esta materia y no pueden ser utilizadas en forma aislada para descalificar al menor, porque eso sencillamente es desconocer la realidad que hay detrás del abuso sexual infantil. Por supuesto que eso no anticipa el valor que los jueces, gracias a la inmediación y a la ponderación de todo el material de prueba, puedan

conceder a la declaración del menor, pero lo que sí es claro es que esa valoración debe tomar en cuenta la específica realidad del abuso sexual que tiene los elementos apuntados.” En el caso concreto, la defensa pretende que la versión del menor sea descalificada por los detalles no mantuvo de manera idéntica en cada una de sus declaraciones y por el hecho nuevo revelado al día del debate. No obstante, esa circunstancia, conforme con lo ya expuesto, no es suficiente para estimar que la víctima miente, pues el hecho que constituyó el marco fáctico de la acusación fue precisamente el suceso por el que se responsabilizó al acriminado y cuya versión la brindó el ofendido en el juicio oral. Tal y como se indicó en el considerando anterior, el Tribunal se percató de que el menor había denunciado solo un hecho y que en el debate narró dos; empero, tal circunstancia no restó credibilidad a su versión, no solo por la forma en que el Tribunal percibió el testimonio del menor, sino por que según su razonamiento, eso reforzó que no existiera el ánimo de mentir en contra del acusado, pues si así hubiera sido, se habría puesto de acuerdo con su madre para coincidir en un aspecto tan relevante, como la existencia de otro hecho aparte del denunciado: “[...] lo que demuestra que no existió nunca ánimo de ponerse de acuerdo por parte de ambos para perjudicar al imputado injustamente, pues por un lado el menor refirió que el imputado reiteró el abuso en una segunda oportunidad, mientras que la testigo refirió que su hijo le relató solo una, única noticia criminal que también tuvo el representante del Ministerio Público y por eso solo un delito acusó, pues fue hasta en fase plenaria que el menor se animó a relatar que existió la reiteración del delito en su perjuicio [...]”, (cfr. folio 123). La circunstancia de que el menor “se haya animado” a revelar un hecho nuevo, es algo normal en este tipo de delitos y se entiende como una reacción que a nivel psicológico puede experimentar la víctima de abuso sexual –sobre todo si se trata de personas menores de edad– originada en sentimientos de vergüenza, temor, frustración y culpa que lo envuelven y le hacen modificar de alguna forma su relato, ya sea, revelando mayores detalles o nuevos hechos. Dentro del denominado: “Síndrome de Adaptación”, que ayuda a explicar los diferentes momentos por los que pasa el menor que ha sido víctima de abuso sexual, existe una fase identificada como revelación tardía, mediante la cual se explica por qué las personas menores de edad tardan para revelar el abuso sexual. En este sentido, el Tribunal tuvo por demostrado que el menor: “[...] fue claro en establecer que la situación lo perjudicó

(sic) no solo al punto de que le diera vergüenza contárselo a su madre, sino que también lo habían afectado los posteriores comentarios que hacían quienes le rodeaban, en torno a la situación de la que había sido víctima”, (cfr. folio 122). Así, sentimientos como temor, desconfianza, culpa, incertidumbre y –lo que resulta natural por la edad del ofendido en este caso– la vergüenza al sentirse estigmatizado por ser víctima de esos hechos, hacen entendible y normal que un joven que ha sufrido un episodio de agresión revele tardíamente un nuevo hecho. Por último, resulta inaceptable para este Tribunal, el reclamo que en esta sede hace el recurrente al afirmar que la versión del ofendido es inverosímil por cuanto no gritó, ni luchó por evitar el abuso sexual a pesar de contar ya con trece años de edad. De conformidad con las reglas de la experiencia y la psicología, exigir tal reacción a cualquier persona en el momento mismo que está siendo víctima de un abuso sexual o incluso aún después de la agresión, y concluir que ha mentido o consentido el vejamen por omitir reaccionar de esa forma, es desconocer el impacto psicológico y la situación traumática que vive un ofendido en este tipo de agresiones. Por supuesto que lo anterior se da con mucha más razón si se trata de una persona menor de edad, que es ya de por sí vulnerable ante ese y muchos otros tipos de agresiones, sin que logren comprender siquiera qué les está sucediendo y por qué, y más aún si –como ocurre en este caso– su ofensor se encuentra en una posición de poder por ser su patrono, cuya contextura física en forma evidente equivale a una superioridad física en relación con el ofendido, y además, con una edad (cuarenta y tres años) que supera con creces la edad del menor”. (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia # 2004-01168, de las 9:40 horas del 1 de octubre de 2004). Por todas estas razones, la Sala encuentra que no asiste razón al recurrente, no solo porque sí existió el análisis correspondiente a los hechos no tenidos por demostrados, sino porque además, el Tribunal consideró que pese a la falta de precisión que se dio con respecto a esos acontecimientos, esa circunstancia no afectó la credibilidad otorgada a las declaraciones de los menores ofendidos. [...]

(Sentencia 1242-05 de las 17:30 hrs. del 26-10-05 de la Sala Tercera de la Corte).

En el caso de la investigación de los delitos de narcotráfico, la Sala ha considerado que se justifica un tratamiento diferente para los sometidos a ese tipo de procesos:

[...] tratándose los hechos investigados de una infracción a la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Drogas de Uso no Autorizado, la Sala ha estimado que este tipo de delincuencia es especial como también especiales son sus autores y sus métodos de trabajo, por lo que ha considerado que no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización que generalmente los respalda, hace que, puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia. (RSC n.º 02048, 15:06 horas, 26 de abril, 1995).

(S 10120-01 de las 14:59 hrs. del 9-10-2001 de la SC).

En igual sentido:

[...] el delito que se investiga está relacionado con drogas, que es un tipo de delincuencia que el acervo doctrinal constitucional ha precisado como especial, como especiales son sus autores y sus métodos de trabajo, por lo que ha considerado que no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización que generalmente los respalda hace que, puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia (RSC n.º 2048, 15:06 horas, 26 de abril, 1995).

(S 1180-02 de las 15:15 hrs. del 5-02-2002 de la SC).

CASOS RELACIONADOS CON LOS PRINCIPIOS BÁSICOS QUE LIMITAN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD PUNITIVA

Síntesis del caso

Varios privados de libertad tuvieron un enfrentamiento con arma blanca en el ámbito B, pabellón E-2, del Centro de Atención Institucional La Reforma, razón por la cual la Policía penitenciaria intervino, utilizando un gas irritante, a fin de controlar la situación. Según se demostró, el conflicto se presentó entre dos privados de libertad. No obstante, el recurrente, aduce que él se encontraba cerca y fue afectado por el gas que le provocó irritación de los ojos y dificultad para respirar, lo cual fue acreditado por un informe de la Clínica del Centro Penal, donde fue atendido, ya que presentaba dolor en su ojo derecho y le diagnosticaron que tenía conjuntivitis por lo que le dieron el tratamiento respectivo a este padecimiento.

El recurrente planteó un recurso de amparo contra el centro penal. El director general de Adaptación Social manifestó que se adhería en todos sus extremos a los informes rendidos por el director del Centro de Atención Institucional La Reforma. Según lo informado, no llevó razón el recurrente, ya que la administración Penitenciaria ha realizado todas las acciones, dentro del ámbito de sus potestades. Indicó que la utilización del gas irritante fue con carácter excepcional y como producto de una amenaza real e inminente por parte de dos privados de libertad (no el recurrente). Por tanto, ese gas pudo ser utilizado para repeler actos que amenazan la seguridad de otros privados de libertad y la estabilidad institucional. Además, sus efectos eran momentáneos y su fin era disminuir la capacidad de agresión de sujetos como los evaluados, quienes portaban armas punzo cortantes. De esta manera, su utilización fue racional, proporcional y justificada. Solicitó que se declarara sin lugar el recurso. Según el informe de la Dirección Médica de la Clínica La Reforma, el amparado fue atendido en esa clínica en el Servicio de Consulta Externa, el 28 de marzo de este año. En esa consulta, el paciente le refirió al médico tratante que tenía dolor en el ojo derecho por rocío de gas. Sin embargo, como resultado del examen físico, se encontró sin fiebre, hidratado, en buen estado general y se diagnosticó conjuntivitis, por lo que se le brindó tratamiento médico.

¿Considera usted que se justificaba la utilización del gas irritante? ¿A su juicio, se produjo alguna vulneración a los derechos del amparado?

Decisión del tribunal

En cuanto a la utilización de gases vesicantes como dispositivo de seguridad para controlar disturbios entre privados de libertad, la Sala Constitucional declaró que esas técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además de contrario a la dignidad, el uso de esos gases contra los privados de libertad constituye tortura y un tratamiento cruel y degradante. En el dictamen médico legal se indica que el gas mostaza es un tipo de agente químico utilizado en su mayor uso como arma de guerra; esta clase de agentes son llamados vesicantes, porque con el contacto causan ampollas en la piel y las membranas mucosas; tiene a veces olor parecido al ajo, cebolla o mostaza y ciertos casos no tiene olor; puede causar quemaduras y ampollas en la piel, especialmente en áreas donde la glándulas sudoríparas se encuentran en mayor número; la exposición provoca enrojecimiento de la piel con aparición de ampollas e inflamación, es más dañina para la piel en días húmedos y calurosos o en climas tropicales; causa ardor de ojos, hinchazón de párpados y algunos hombres expuestos en guerras han experimentado disminución del número de espermatozoides. Si es inhalado puede causar quemaduras y ampollas en los tejidos pulmonares, causando una serie de síntomas a corto y largo plazo, que provocan invalidez crónica y en el peor de los casos, la muerte. Respirarlo puede causar tos, bronquitis y enfermedad respiratoria crónica. Altas concentraciones o exposición prolongada atacan las córneas de la víctima, dejándola prácticamente ciega, y en gran cantidad puede causar la muerte. Actualmente, se ha calificado como agente cancerígeno. Los síntomas suelen aparecer al cabo de 4 a 24 horas de la exposición. Los efectos de largo plazo incluyen hipersensibilidad, fatiga pulmonar y tos crónica, dolor de pecho, cáncer de boca, garganta, tracto respiratorio y piel. También ha sido relacionado como causante de leucemia y defectos en fetos. Los estudios de personas expuestas a la mostaza de azufre, durante su producción o en las guerras, así como los estudios en animales, han demostrado que la sustancia puede causar cáncer de las vías respiratorias. El Departamento de Salud y Servicios Humanos y la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer han determinado que es carcinogénica en seres humanos. También dentro

del mencionado proceso, el dieciséis de marzo de dos mil seis se recibió dictamen criminalístico de la Sección de Química Analítica, según el cual los indicios secuestrados en el Centro de Atención Institucional La Reforma reportan gas CS y gas CN, que: “[...] son compuestos químicos que en baja concentración y por contacto producen irritación de ojos, nariz, boca, piel y tracto respiratorio. Este tipo de productos son los componentes activos de granadas antimanifestaciones y armas de aerosoles para defensa personal; el rango de concentración de exposición segura es amplio; el gas CN es uno de los lacrimógenos más tóxicos y el gas CS es un lacrimógeno diez veces más potente que el CN, pero es menos tóxico; desde 1998 el Ministerio de Seguridad Pública inició el retiro de circulación de los productos con gas CN de las delegaciones y los productos con gas CS son empleados para el control de disturbios civiles. Ninguno de los dos compuestos químicos detectados en los indicios reciben el nombre genérico ni común de gas mostaza.” Si bien en el presente caso no resulta totalmente claro que en perjuicio del amparado haya sido gas mostaza, sí lo es que se empleó gas vesicante, en una actuación policial efectuada por un elevado número de agentes. El personal de seguridad penitenciario debe enfrentar la difícil tarea de garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales, en un medio que es esencialmente violento: el encierro de los seres humanos. **No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** (La negrilla no es del original). La Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza que: “Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Además de contrario a la dignidad, el uso de esos gases

contra los privados de libertad constituye tortura y un tratamiento cruel y degradante. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Ley No. 7934 de 12 de octubre de 1999), en su artículo 2º, entiende por tortura como: “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Además, la Convención establece que: “Artículo 5.- No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”. Como señala la Sala en su sentencia 2006-03678 citada, la prohibición de la tortura y los tratamientos crueles y degradantes es absoluta; se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno: cualquier acto que constituya tortura está vedado por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta prohibición está contemplada, además, del artículo 40 de la Constitución Política, que prohíbe los “tratamientos crueles o degradantes”. También se prohíbe en numerosas normas internacionales sobre la materia, entre otras: Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 5, reforzada por la Declaración de Teherán de trece de mayo de mil novecientos sesenta y ocho; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7 y 10; artículos I y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 3452 (XXX) de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, y reiterada y reforzada

por resoluciones 32/63 y 32/64; Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve; etc. V.- De todo lo anterior no es posible otra conclusión que la de declarar que en ningún caso pueden ser utilizados los gases mostaza y CN, ni cualesquiera otros que produzcan efectos similares, especialmente en los centros penitenciarios, porque constituyen el delito de tortura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura antes citado. Además, se debe brindar educación al personal de seguridad de los centros penitenciarios en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos. Como en el presente caso se logra determinar que las autoridades del Centro de Atención Institucional La Reforma almacenan para su empleo, gases altamente tóxicos, debe la Sala declarar con lugar el recurso también en cuanto a dicho aspecto, por haber tales sustancias sido empleadas en contra del amparado, afectándolo en su dignidad e integridad y poniendo en grave riesgo su vida y su salud.

(S 7617-06 de las 13:18 hrs. del 26-05-06 de la SC. En el mismo sentido, las resoluciones 3684-06 y 3678-06 de la misma Sala).

Síntesis del caso

Contra el amparado P. S. y otro se siguió causa ante el Juzgado de Instrucción de Alajuela, por el delito de violación, tramitada bajo expediente número 143-95. Por resolución de las siete horas treinta y cinco minutos del seis de febrero de mil novecientos noventa y cinco, el juez de instrucción de Alajuela dictó el auto inicial de la instrucción y ordenó remitir a los imputados al Laboratorio de Ciencias Forenses, con el objeto de extraerles muestras de sangre y saliva a fin de efectuar los estudios comparativos de dichas muestras con los objetos encontrados en la escena del suceso. El amparado fue indagado y se le previno sobre la necesidad de que se realizara dichas pruebas el lunes siguiente.

Por resolución de las diez y cuarenta y cinco horas del veinte de febrero del año noventa y cinco, el juez de instrucción de Alajuela ordenó la detención del acusado, por su incomparecencia a practicarse los exámenes. Posteriormente, dictó auto de procesamiento contra el amparado por el delito de violación agravada y, en la misma

resolución, ordenó su detención para *“Procurar que el imputado sea examinado por el médico legal para determinar, mediante examen físico, si el mismo presenta en su cuerpo signos de actividad sexual homosexual que pueda esclarecer su comportamiento sexual y, por ende, los hechos denunciados por el ofendido”*.

El veintiuno de febrero del año noventa y cinco, el amparado se presentó a la Clínica Médico Forense en Alajuela y manifestó su oposición a que se realizara el examen físico general, por cuanto, dentro de la causa penal señalada, existían ya dos análisis realizados por el Laboratorio de Ciencias Forenses, en los cuales se contó con muestras de saliva y sangre obtenidas de G. P. El recurrente reclamó que el examen que pretendían realizarle en forma coactiva y que incluso su orden de detención eran ilegales por representar una injerencia abusiva y arbitraria de los órganos represivos estatales en su esfera de intimidad, en su dignidad y en su libertad, lo que hizo que la diligencia resultará inadmisibile. No era posible, a su juicio, que el juez de instrucción recurrido pretendiera realizar en forma coercitiva un examen físico, centrado además en el área anal, con el objeto de determinar sus preferencias sexuales, porque ello era una clara violación a su dignidad como ser humano y constituía un trato cruel y degradante.

La autoridad judicial recurrida señaló que ni la Agencia Fiscal ni el Juzgado de Instrucción ni el Tribunal Superior habían ordenado al acusado que se le practicara un examen físico del ano, aunque a su juicio, era posible, pues para casos como el presente, en donde se trata de una violación entre hombres, respecto de un menor, pudo resultar necesario *“determinar circunstancias que puedan servir para conocer la situación sexual del imputado”*. Se había solicitado, en este caso, un examen físico general y no exclusivo del área anal. Dicho examen podía determinar que un hombre era o no homosexual, pero tal vez no aportaba nada a la causa concreta. Por ello, enfatizó que nunca había ordenado un examen del área anal en exclusiva –aunque a su juicio era perfectamente posible– y las medidas cautelares que se habían ordenado fueron las necesarias para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, de manera que no resultaran arbitrarias ni ilegítimas. En razón de lo anterior, solicitó que el recurso fuera declarado sin lugar.

¿Estima usted que la pericia solicitada era procedente? ¿Implica alguna lesión a los derechos fundamentales del acusado? Explique.

Decisión del tribunal

El ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un «fin», como «persona». Cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado [...] . La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción. No podría en consecuencia, darse una intervención corporal que amenace la dignidad humana, porque con ello se socavan las bases mismas para el reconocimiento de los demás derechos y se pierde el marco básico para el respeto de la persona y, en consecuencia, para la existencia misma del Estado de Derecho. En este contexto, se entienden excluidas todas aquellas intervenciones que ameriten una pérdida de conciencia o de libre autodeterminación en el acusado, por ejemplo, el empleo de drogas, de los llamados «sueros de la verdad», o bien la realización de los llamados test falométricos, en los que se quiere medir la capacidad de erección del pene, los registros y exámenes vaginales practicados sin consentimiento de la persona a que se le realizan, los exámenes anales practicados sin consentimiento del examinado, o bien la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático sin consentimiento expreso del examinado. En estos últimos casos, debe entenderse que el consentimiento es para la realización de la prueba, previamente ordenada en forma motivada por el juez, y a practicarse por un médico

u otro perito afin, en todos los casos, o por el propio acusado, según sea el caso. Este consentimiento, que elimina la intervención coactiva, no debe entenderse que de alguna manera exime al juez del deber de fundamentar la medida y de que la intervención sea practicada con la mayor diligencia, porque se trata de intervención de derechos fundamentales que, por ser materia de orden público, no puede en sus garantías, en su forma de realización, quedar librada al arbitrio del juez o al criterio de la parte, su respeto o no, independientemente de la existencia del consentimiento, que no alcanza a ser renuncia de los procedimientos fundamentales establecidos en garantía contra la arbitrariedad. [...] No puede dejar de lado la Sala, en este caso, que más grave aún es cuando el juez pretende indagar sobre las preferencias sexuales del acusado, sin que ese aspecto tenga utilidad y relevancia alguna en el proceso, especialmente cuando pretende hacerlo a costa de un examen coactivo del área anal, a fin de constatar si existen rastros de penetración. No es posible perder de tal forma la perspectiva del rol del juez como garante dentro de un Estado de Derecho, del respeto de los derechos fundamentales, bajo el peligroso prisma de la averiguación de la verdad a toda costa, considerando que ese fin justifica cualquier medio para su logro. No debe olvidarse que el ser humano debe ser siempre el centro de toda actividad, y cuando se reemplacen sus intereses superiores y su propia naturaleza esencial, por objetivos «abstractos» o por los llamados «intereses o razones de Estado», se ha abandonado el Estado de Derecho y se ha caído en el más absoluto autoritarismo. Dentro del proceso concreto seguido contra el amparado, no interesan sus preferencias sexuales, o en todo caso, si alguna utilidad presta ese dato al proceso, su relevancia sería mínima en comparación con la gravedad de la intervención a través de la cual ese extremo pretende acreditarse -el examen coactivo del área anal- y por ello resulta abiertamente improcedente que el juez pretenda traer a colación ese tema, especialmente cuando, como se vio, pretende hacerlo aún a costa de la propia dignidad del imputado. En cuanto al delito de violación atribuido al amparado, el Estado tiene el deber de comprobar el acaecimiento del hecho y la responsabilidad que en él pueda corresponderle al acusado, y para acreditarlo, puede utilizar todos los medios de prueba legalmente obtenidos, testimonial, pericial, en fin, puede y debe utilizar todas las posibilidades probatorias, pero eso sí, que las investigaciones no pretendan desviarse en sus

objetivos, para permitir injerencias arbitrarias en la vida privada de los ciudadanos, porque ello está expresamente excluido por el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política. Lo dicho no desmerece que la conducta sexual de un acusado pueda ser un aspecto relevante a comprobar dentro de un proceso penal, y en esas circunstancias no existe impedimento alguno, guardándose las reservas del caso, para que ello sea investigado y acreditado en el proceso -piénsese por ejemplo en el delito de corrupción-, pero, en el caso concreto, ese extremo resulta irrelevante o de escasa utilidad, pues no es esencial a la causa el que el acusado sea o no homosexual, o haya sido objeto de penetración anal, cuando lo que se quiere es acreditar la penetración anal de que ha sido objeto otra persona y para lo cual no se necesita -como lo afirma el juez en su informe- que el autor del hecho sea homosexual, más por el contrario, la sola exploración de esos extremos, cuando resultan inútiles al proceso, sí representan una injerencia arbitraria en la intimidad, por lo que también en cuanto a este aspecto del reclamo, el recurso debe ser declarado con lugar. Con el voto salvado de los Magistrados Solano, Sancho y Molina, que salvan el voto y declaran sin lugar el recursos en todos sus extremos.

(S 1428-96 de las 15:36 hrs. del 27-03-1996 de la SC).

Síntesis del caso

Se interpuso un recurso de hábeas corpus por la defensora del imputado, quien manifestó que en contra del amparado, se tramitaba un proceso penal por imputársele el delito de robo simple. En su calidad de defensora pública, atendió la declaración del amparado V. O. y, al momento en que iba a ponerle en conocimiento de los hechos que constaban en el expediente y brindarle el eventual asesoramiento, solicitó al oficial de seguridad que le quitara las esposas que lo mantenían con las manos atadas hacia atrás. El oficial le indicó que dicho detenido no estaba a su cargo, sino del oficial del Organismo de Investigación Judicial recurrido. De inmediato, localizó a ese oficial que se encontraba, en ese momento, en la oficina de la fiscal, quien al solicitarle que retirara las esposas del amparado, le indicó que no era posible tal solicitud, puesto que tenía directrices de no quitar esposas a ningún detenido por ser peligroso. Por ello, lo único que podía hacer era cambiar la posición de las esposas hacía adelante y así lo hizo. No obstante, su representado siempre estuvo esposado. Expresó que de

los propios autos, se desprende que el comportamiento del amparado antes y durante la detención no presentó ningún tipo de agresión hacia la autoridad e, incluso, durante el acto de declaración, dicho comportamiento fue de colaboración y en ningún momento demostró peligro alguno.

Estimó que con los hechos impugnados, se había violentado en perjuicio de su representado su derecho constitucional a declarar sin las esposas y a su libertad de movimiento, ya que en el caso en concreto, no había mediado ninguna circunstancia de peligrosidad que acreditara y diera respaldo a la decisión tomada por el oficial recurrido, considerando que todos los imputados eran peligrosos.

Por su parte, las autoridades recurridas señalaron que se dispuso mantener al detenido esposado hacia atrás, porque solo tenía un oficial de custodia y el lugar donde se tomaría la indagatoria no reunía las mínimas medidas de seguridad necesarias para mantenerlo sin esposas, sobre todo porque se trataba de un individuo, cuyo récord delictivo, en los últimos tres años, había sido de delitos de robo agravado con violencia sobre las personas.

Posteriormente, se presentó la defensora pública del amparado y solicitó que le quitaran las esposas al detenido. Se le contestó que no era posible, pues existían directrices al respecto y, por las condiciones del lugar de detención, no era conveniente. Señalaron que, a pesar de que el lugar donde estaba custodiado el detenido era un aposento utilizado como cuarto de pilas, dentro del cual se encontraban todo tipo de implementos para la limpieza de las oficinas del lugar, así como otro tipo de herramientas y materiales peligrosos, ante la insistencia de la defensora del amparado, se le colocaron las esposas hacia delante, forma incorrecta de manejar a ese tipo de individuos.

Una vez concluida la indagatoria, el detenido fue trasladado, nuevamente, a la Subdelegación del Organismo de Investigación Judicial en Turrialba, donde fue dejado en libertad, según lo ordenado por la fiscal a cargo.

El investigador H.L. señaló que mantuvo las esposas al detenido hacia delante, sustentado tanto en la valoración del lugar, como en el Manual de Procedimientos para la Contención, Conducción e Intervenciones Corporales de Detenidos, aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial en la sesión n.º 35-02 del 21 de mayo de 2002, el cual establecía en su artículo 61 que en el momento en que un privado de libertad rindiera declaración en un despacho judicial, debían

retirársele las esposas, salvo que las circunstancias exigieran lo contrario. En este caso, el lugar de detención no reunía las mínimas medidas de seguridad para quitar totalmente las esposas al detenido y tampoco para mantenerlas hacia delante. Por tanto, solicitaron que se declarara sin lugar el recurso.

¿En su criterio, pueden utilizarse las esposas durante la declaración indagatoria?
¿Se infringe algún derecho fundamental? ¿Cuál normativa resulta aplicable?

Decisión del tribunal

A juicio de este Tribunal, el reclamo planteado por la recurrente, en el sentido que al amparado se le tomó declaración indagatoria sin retirarle las esposas, no incide en su libertad personal, pues fue puesto en libertad una vez que se le recibió esa declaración. Asimismo, según lo informado por los recurridos, fue necesario mantener esposado al amparado mientras se recibió su declaración indagatoria, a fin garantizar la seguridad de los funcionarios presentes en esa diligencia, porque solo tenía un oficial de custodia y el lugar donde se tomó la declaración, no reúne las mínimas medidas de seguridad para mantenerlo sin esposas, sobre todo porque se trata de un individuo cuyo récord delictivo en los últimos tres años, ha sido de delitos de robo agravado con violencia sobre las personas. (En este mismo sentido, ver sentencia No. 2005-010703 de las 8:53 hrs. del 19 de agosto del 2005).IV.- CONCLUSIÓN. Como corolario de lo expuesto, no se constata violación alguna al derecho a la libertad del amparado, por lo que este recurso debe ser declarado sin lugar.

(S 14271-05 de las 14:30 hrs. del 19-10-05 de la SC).

Voto salvado: En este caso, la magistrada Calzada Miranda salvó el voto con las siguientes argumentaciones:

A diferencia de la mayoría, considero que el uso indiferenciado de las esposas sí lesiona los derechos constitucionales de los investigados, en este caso del amparado, por resultar una medida innecesaria y que frente a determinadas circunstancias, como en el momento de rendir la indagatoria, resultan excesivas. Esta Sala en la sentencia No. 1993-6829 de las 8:33 horas del 24 de diciembre de 1993, se manifestó acerca de uno de los principios rectores en la ejecución de la pena, a

saber, el “principio de humanidad”, señalando: “Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente. Por esta razón, en la ejecución de la pena de privación de libertad, ha de inculcarse al penado, y a los funcionarios públicos que la administran, la idea de que por el hecho de la condena, no se convierte al condenado en un ser extra social, sino que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortificarse, el sentimiento de la responsabilidad y del respeto propios a la dignidad de su persona, por lo que han de ser tratados con la consideración debida a su naturaleza de hombre. Estos principios han de estar presentes en la ejecución de todas las penas y medidas, en especial las privativas de libertad.” (sentencia No. 1996-5143). Si lo anterior fue indicado por este Tribunal para aquellas personas que han sido condenadas, con mayor celo aún, debe tutelarse a aquel que reviste la condición de inocente, bajo el principio de inocencia que ostenta durante todo el proceso hasta sentencia. De manera que a mi criterio, el uso de este instrumento de retención, solamente resulta justificado, cuando efectivamente el imputado por la condición de violencia que presente en ese momento lo requiera. En el caso del amparado, se justificó el uso de las mismas, en las directrices generales institucionales, en que el robo simple había sido con violencia sobre las personas (para lo cual citan otros antecedentes de robo) y en que el lugar donde se le recibió declaración no resguardaba las mínimas medidas de seguridad. No obstante en mi criterio, dichos fundamentos no son respaldo suficiente para que durante la declaración el amparado requiriese estar esposado, pues no se infiere que el imputado haya demostrado violencia alguna en ese momento y tampoco se le puede agravar su situación por situaciones ajenas a éste, como lo es el que la institución no cuente con lugares adecuados y seguros para que los imputados rindan sus declaraciones. De manera que conforme lo expuesto, estimo que al menos en este caso, el uso indiscriminado de las esposas durante la declaración del amparado, constituye un trato cruel y degradante en su perjuicio que violenta su dignidad como ser humano, por lo que el recurso debe ser declarado con lugar.

Síntesis del caso

La defensa del imputado presentó un recurso de hábeas corpus contra la Unidad Especializada de Robo de Vehículos del Ministerio Público y la Sección de Cárceles y Transportes y la Unidad de Celdas del O.I.J., dado que estimó como trato cruel y denigrante que hayan mantenido al imputado esposado hacia atrás durante toda la declaración indagatoria, bajo el argumento de que es una persona del alta peligrosidad, circunstancia que –según indicó– no solo provocó que no pudiera ejercer en forma debida la defensa técnica. Por este motivo, su defendido no solo tuvo que abstenerse de declarar, sino que además, se le impidió firmar su declaración, pues estaba imposibilitado para hacerlo, dado que se le mantuvo esposado durante la práctica de toda la diligencia.

Además consultado el fiscal que tramitó la causa sobre el estado de situación, indicó que ello les corresponde decidirlo a los agentes del Organismo de Investigación Judicial que custodian a los privados de libertad.

El jefe de la Unidad de Celdas señaló que la Fiscalía de Robo de Vehículo solicitó presentar al imputado a ese despacho; pero debido a que no se contaba con oficiales custodios para cumplir con lo solicitado, la fiscal a cargo de la diligencia ordenó que los que se presentaran a las celdas para trasladar hasta la Fiscalía al privado de libertad debían ser investigadores.

La fiscal auxiliar de la Unidad Especializada en la Investigación de Sustracción de Vehículos del Ministerio Público en San José refirió que realizó allanamientos dentro de la causa penal en la que se investigaban los delitos de robo agravado, mediante el conocido *modus operandi* de “bajonazo”, con utilización de armas de fuego y privación de libertad agravada.

Con el fin de resolver la situación jurídica de los encartados, con la mayor brevedad posible, se solicitó defensa pública, se realizó la correspondiente intimación y se recibió la declaración o indagatoria de ambos encartados. Añadió que los encartados fueron trasladados para su declaración indagatoria, evidentemente esposados por encontrarse privados de libertad. En ese momento, se encontraban dentro del plazo de las veinticuatro horas que la Constitución Política y la Ley Procesal Penal le otorgan al Ministerio Público y a la Policía para poner al encartado a la orden del juez.

Agregó que por circular 151-2005, el Consejo Superior del Poder Judicial modificó y volvió a transcribir de manera completa el “Manual de Procedimientos para la Contención, Conducción e Intervenciones Corporales de Detenidos” que regula la manera cómo deben ser custodiados, trasladados y mantenidos los privados de libertad por los miembros de la Sección de Cárceles o cualquier otra sección del Organismo de Investigación Judicial, a las que autorizó para el movimiento y vigilancia de detenidos ante la ausencia o falta de personal de la primera.

También los artículos 6 y 10 del referido manual señalan que

Artículo 6: Cuando las circunstancias lo ameriten, tanto el conductor de detenidos como el chofer de la ambulancia deben portar armas de fuego autorizadas y/o utilizar cualquier dispositivo de seguridad autorizado por la institución. Por regla general los detenidos deberán ser esposados hacia atrás salvo por razones de enfermedad o limitación físicas”. Artículo 10: “Cuando se trate de una diligencia judicial, a realizar en un sitio que carezca de las condiciones mínimas de seguridad, los conductores de detenidos deben hacerlo del conocimiento de su superior inmediato, a fin de que se le brinde colaboración con más personal; o, en su defecto solicitar el auxilio de oficiales del Organismo de Investigación Judicial o cualquier otro cuerpo policial, en procura de que estos funcionarios se encarguen de mantener el control del sitio donde se realizará dicha diligencia.

Comentó que aun cuando la aplicación del Reglamento se encontraba dirigido a los funcionarios del OIJ que custodiaban a los encartados, y las Reglas de Dirección Funcional de la Jefatura del Ministerio Público eran claras en señalar que los fiscales no podrán interferir o contradecir a los investigadores en cuestiones propiamente operativa, como la custodia de detenidos, lo cierto era que esa representación compartía la decisión tomada por los oficiales señalados, ya que se trataba de imputados investigados por delitos sumamente graves y violentos, ambos con un amplio portuario policial y que el despacho de la Unidad Especializada en la Investigación de Sustracción de Vehículos era bastante pequeño (la parte del personal de apoyo, ya que la Unidad cuenta con una sala de sesiones por si la defensa solicita dialogar con el encartado, debidamente custodiado) y se encontraban el día de la declaración de manera bastante estrecha, y en el salón había cuatro auxiliares de ese despacho (el auxiliar quien tomaba declaración indagatoria al coimputado RCR; la auxiliar MM quien tomaba

declaración a GAO; además los auxiliares MCC y CM). De igual forma, estaban los dos encartados, sus defensores y los custodios, lo que hacía inapropiado ese sitio sin las condiciones mínimas de seguridad. Por tanto, mantener a los encartados esposados era no solamente el procedimiento legal, sino que se hacía necesario acatar lo regulado en el manual, con el fin de disponer la seguridad, tanto de los mismos imputados como del personal del despacho e, incluso, los defensores.

Indicó que el defensor público que atendía la declaración indagatoria del amparado ingresó en determinado momento a su oficina; le exigió que ordenara a los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que custodiaban su defendido que le removieran las esposas, mas en ningún momento señaló que su inconformidad fue que estuviera esposado hacia atrás que es la manera que exige el reglamento para mantener a los detenidos en diligencias judiciales; ni que ese hecho le coartara su posibilidad de hablar con él mismo, ya que en ese caso, se le hubiera señalado que existía en ese despacho un lugar donde podía dialogar sin ser oído por el personal auxiliar; pero en todo caso debía estar custodiado.

Por esta intervención, se le señaló la existencia de un reglamento establecido por el Consejo Superior del Poder Judicial, el cual relegaba la forma de custodia de los detenidos y la manera de fortalecer la seguridad del personal, tanto de ese despacho, como los mismos defensores a los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que realizaban la custodia de los detenidos. Además, estimó que la afirmación del defensor público, según la cual el encontrarse esposado le “provocó que no pudiera ejercer en forma debida su defensa técnica” era exagerada, ya que era obvio que el hecho de que el encartado se encontraba esposado no limitaba de manera alguna su comunicación con el defensor, pues el imputado no tenía discapacidad para comunicarse; y el defensor tuvo acceso irrestricto al imputado, con quien tuvo oportunidad de conversar, previa su “declaración o indagatoria” recurrente en su condición de defensor público del amparado, y tuvo acceso irrestricto al expediente y, en ningún momento, alegó que la detención fuera desproporcionada o que el Ministerio Público no contará con los indicios suficientes para tener al encartado como probable autor del hecho. Añadió que el mismo defensor realizó una anotación en el acta de declaración, señalando que el amparado no podía firmar por encontrarse esposado, queriendo insinuar que los oficiales que custodiaban al encartado no le habían permitido firmar, al negarse a quitarle las esposas, aunque fue el propio defensor quien prohibió al imputado firmar el acta. Lo anterior sucedió frente a los auxiliares de esa unidad y a los oficiales que custodiaban.

¿En este caso concreto, estima que se justifica el uso de las esposas durante la declaración indagatoria? ¿Se produce alguna vulneración a los derechos del imputado?

Decisión del tribunal

*A juicio de este Tribunal, el reclamo planteado por el recurrente, en el sentido de que al amparado se le tomó declaración indagatoria sin retirarle las esposas, no es violatorio de sus derechos fundamentales. La medida se ajusta al procedimiento que establece el Manual de Procedimientos para la Contención, Conducción e Intervenciones Corporales de Detenidos, aprobado por el Consejo Superior en la Sesión 151-2005 (folio 25), pues en este caso, de los informes rendidos bajo la gravedad de juramento y del análisis de expediente 06-002274-042-PE (365-D-06) de la Unidad Especializada en Robo de Vehículos por Robo Agravado y otro, se desprende que las circunstancias exigían mantenerle las esposas al amparado, ante la escasez de medidas de seguridad necesarias para garantizar la seguridad del personal del despacho de la Unidad Especializada en la Investigación de Sustracción de Vehículos y de la Fiscal, debido a la estrechez del lugar y a la ausencia de oficiales suficientes para la custodia del detenido. Por otro lado, contrario a lo que afirma el recurrente, al amparado no se le impidió firmar el acta de declaración de las 11:35 horas del 7 de abril de 2006, ante la Fiscalía Especializada en Sustracción de Vehículos, como afirma el recurrente, sino que fue el propio recurrente en su condición de defensor el que “prohibió al señor Obando Rodríguez, firmar el acta, lo anterior frente de los auxiliares de esta Unidad, antes señalados y los oficiales que custodiaban al encartado”. Así, no se observa ninguna violación a los derechos fundamentales del amparado, y procede declarar sin lugar el recurso como en efecto se hace. **La magistrada Calzada salva el voto y declara con lugar el recurso con sus consecuencias.***

(S 5495-06 de las 15:28 hrs. del 25-04-06 de la SC).

Síntesis del caso

El recurrente, quien figura como imputado en una causa penal, plantea un recurso de amparo, aduciendo que fue innecesariamente obligado a exhibir sus brazos

en un reconocimiento de personas, lo cual reputa violatorio de sus derechos fundamentales.

¿Estima usted que el acto impugnado es lesivo de los derechos fundamentales del imputado? ¿A su juicio, tal intervención requiere de una orden judicial?

Decisión del tribunal

Ahora bien, con relación al imputado como objeto de prueba, en sentencia N° 0941-92 de las 08:45 horas del 10 de abril de 1992, este Tribunal dijo: “En el artículo 36 la Constitución Política garantiza que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Debe en consecuencia establecerse si esta garantía conlleva la imposibilidad de utilizar el cuerpo del procesado como fuente de prueba. Al respecto, en sentencia número 556-91 de las catorce horas y diez minutos del veinte de marzo del año pasado, esta Sala indicó: ‘En lo que se refiere a lo alegado sobre la extracción de sangre sin el consentimiento de los imputados esta Sala con base en el informe, que se tiene rendido bajo juramento, dado por la Sección de Homicidios del Organismo de Investigación Judicial, tiene por cierto que los imputados dieron su consentimiento para ello, en el momento en que se encontraba presente el padre de uno de ellos en las celdas de ese Organismo. Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses: la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto a los derechos fundamentales del imputado, por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que deba utilizarse su propio cuerpo. Al respecto considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real, como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado v.gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda. Por lo expuesto

esta Sala considera que las actuaciones impugnadas en cuanto a este extremo, no lesionan los derechos fundamentales de los recurrentes. Con las restricciones señaladas, el debido proceso se respeta en la medida que el resultado de la prueba técnica sea puesto en conocimiento de las partes involucradas, las que pueden, a su vez, ejercer el derecho de defensa, aplicando sobre esos resultados y sin ninguna limitación, los remedios procesales que le otorga el ordenamiento jurídico. El alegato en cuanto a este extremo resulta entonces improcedente.

Ivo.- De acuerdo con la tesis mantenida por la Sala en el pronunciamiento transcrito en el considerando anterior, la obtención de sangre y saliva acordada por el juez recurrido es prueba legítima y puede realizarse aún sin el consentimiento del encartado para la obtención de las muestras, razón por la que el recurso debe ser declarado sin lugar en cuanto a ello se refiere.

Vo.- La investigación judicial de algunos casos requiere de la realización de exámenes, requisas y peritajes de los involucrados en el hecho sub iudice, dentro de ellos las intervenciones corporales han presentado serias dudas sobre la constitucionalidad de su realización en virtud del principio de no obligación de declarar en su contra, que favorece a los procesados (artículo 36 de la Constitución Política), también aceptado en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.g. La Sala ya indicó, que existe un límite aceptable de intervención que no atenta contra la señalada garantía constitucional y convencional, que la intervención puede ejecutarse aún en contra de la voluntad del intervenido, siempre que la realización de la toma de la muestra o el examen no importe daño físico o psíquico al sujeto, pues cuando la intervención suponga un grave riesgo para la salud no debe ejecutarse, y que tolerar la ejecución de una pericia, no equivale a una declaración de culpabilidad. La Constitución también garantiza que nadie será sometido a tratamientos crueles ni degradantes (artículo 40), por lo que se deben tener también como proscritas las intervenciones que puedan calificarse como 'crueles o degradantes', entendiendo por tales las que produzcan sufrimientos de especial intensidad o una grave humillación o sensación de envejecimiento. En los casos en que proceda la intervención y se pueda ver afectado el pudor de las personas, deben tomarse las medidas necesarias para su respeto y permitir, si el intervenido así lo requiere,

la presencia de terceras personas con él relacionadas. En todo caso debe ser respetado el principio de proporcionalidad de la intervención, de manera tal que no puede aceptarse una grave intervención, por ejemplo extracción de líquido raquídeo, en la investigación de un hecho contravencional, sea que la importancia del bien jurídico afectado, por el hecho investigado, debe ser tomado en consideración al momento de acordar, por la autoridad judicial, la intervención, todo en relación con el bien a afectar al encartado, e igualmente, siempre que se pueda optar por una medida menos lesiva debe necesariamente acordarse que sea esta la que se ejecute. La intervención, además, debe ser realizada por un perito calificado, de acuerdo con la 'lex artis' y estar autorizada previamente por el Juez que conoce del asunto, a no ser que se ejecute con el consentimiento del intervenido.

II.- En este contexto, cabe destacar que el mero acto de subirle al accionante las mangas de su camisa para observarle los tatuajes que tiene el brazo, en sí mismo, consiste en una simple observación o inspección externa –no invasiva– que no pone en riesgo su salud física o psíquica, ni conlleva una injerencia desproporcionada a su dignidad humana o su pudor. Por consiguiente, cualquier vicio que pudiera haberse dado durante la práctica de esa diligencia carece de la trascendencia necesaria para activar esta sede, quedando más bien comprendido en el ámbito de las nulidades que pueden –y deben– ventilarse dentro del propio proceso penal. En consecuencia, el recurso debe rechazarse y así se declara.

(S 2005-01567 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del dieciséis de febrero de dos mil cinco de la SC).

Síntesis del caso

Los accionantes, a quienes se sigue causa por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos, manifestaron que fueron arbitrariamente detenidos y conducidos a un hospital donde, sin presencia de juez ni defensor y sin orden fundamentada de juez competente, se les obligó a tomar una sustancia desconocida que les provocó fuertes dolores, todo en contra de su voluntad. Adujeron que nunca se les explicó nada ni dieron consentimiento alguno para ser tratados de esa manera y que se ultrajaron sus cuerpos. Sin resolución motivada de juez competente que autorizara

la inspección e intervención corporal y sin presencia de un defensor, se les practicó una requisa profunda, con lo cual se obtuvo prueba ilegal e inconstitucional en su contra. Manifestaron que no solo esa prueba ilegítima fue utilizada para acordar la prisión preventiva en su contra por parte del Juzgado Penal recurrido, sino que dicha medida no fue motivada, como tampoco estaba motivada la resolución del Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela que la confirmó.

Consideraron que su detención fue arbitraria e ilegítima, por lo que solicitaron que se acogiera el recurso en todos sus extremos y se ordenara su inmediata libertad. La jueza recurrida informó que efectivamente esa jurisdicción tramitaba la causa penal contra los recurrentes por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos en perjuicio de la Salud Pública. Añadió que mediante la resolución de las veintidós horas diez minutos del seis de agosto de este año, a solicitud del representante del Ministerio Público, se ordenó intervención corporal de ambos encartados, resolución que se les notificó personalmente a los amparados en el Hospital, San Rafael de Alajuela e, inclusive, ellos firmaron el acta de notificación. Alegó que como era evidente, la resolución donde se ordenó la intervención corporal se encontraba debidamente fundamentada y se dictó con suficientes elementos para que se le aplicara una medida tan gravosa a los encartados, medida que se debe realizar con carácter de urgencia con la finalidad de proteger la vida, puesto que los amparados expulsaron más de cien óvulos con clorohidrato de cocaína entre ambos. De esta manera, si no les hubieran aplicado los procedimientos médicos a los imputados, podrían haber llegado a perder la vida en vista de que solo uno de esos óvulos que se rompa dentro de su tracto duodigestivo les habría provocado la muerte. Adujo que era lógico que el procedimiento aplicado provocaba dolor de estómago. Sin embargo, indicó que era una situación que debieron prever al dedicarse a dicha actividad. Sostuvo que la actuación de esa autoridad se realizó en total apego al ordenamiento legal y constitucional de nuestro país. Solicitó que se declarara sin lugar el recurso.

¿Considera usted adecuada la actuación de las autoridades? ¿A su juicio, se dio alguna infracción a los derechos fundamentales de los recurrentes?

Decisión del tribunal

El punto jurídico que se somete a conocimiento de la Sala se refiere a la legitimidad de las intervenciones corporales, como parte de las medidas que, dentro de la investigación de un hecho delictivo, permiten la

limitación e injerencia en los derechos fundamentales de las personas. El tema fue ampliamente tratado por este Tribunal Constitucional en la sentencia número 1428-96 de las quince horas treinta y seis minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis, en la cual, en síntesis se determinó que en atención a los fines que con ellas se persigue no riñen con el Derecho de la Constitución, siempre y cuando se entienda que no se trata de una intromisión ilimitada o irrestricta. Así, el primer límite que se establecerse se refiere a que a posibilidad de realizar las intervenciones corporales no debe poner en peligro la salud y menos la vida del examinado y, como consecuencia de esta exigencia, surge el requisito que se convierte a su vez en el segundo límite, y es el que señala que todos los casos las intervenciones deben ser realizada –cuando se requiera–, por un médico de acuerdo con la “lex artis”, es decir, según las reglas de la práctica médica, o en todo caso un perito idóneo, previa orden necesaria y motivada del juez. Por otra parte, la Sala entiende que junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, de ahí que parafraseando a Beccaria se dijo en ese fallo lo siguiente, [...] aunque refiriéndose a las penas, “no hay libertad, cuando algunas veces se permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte como cosa”. Pero ¿qué encierra esa frase, qué debemos entender por dignidad humana?

La respuesta la brinda este Tribunal Constitucional al señalar que el ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un “fin”, como “persona”. Cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado. El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”

A su vez, el artículo 5 de la misma Convención, establece:

“Artículo 5:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Por su parte, el artículo 40 de nuestra Constitución Política establece: Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.

La dignidad humana se constituye así en un límite, una barrera a cualquier injerencia del poder estatal en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ser humano. De ahí que, a juicio de esta Sala, no puede permitirse una intervención corporal que amenace la dignidad humana, porque con ello se socavan las bases mismas para el reconocimiento de los demás derechos y se pierde el marco básico para el respeto de la persona y, en consecuencia, para la existencia misma del Estado de Derecho. En este contexto, se entienden excluidas todas aquellas intervenciones que ameriten una pérdida de conciencia o de libre autodeterminación en el acusado, por ejemplo, el empleo de drogas, de los llamados “sueros de la verdad”, o bien la realización de los llamados test falométricos, en los que se quiere medir la capacidad de erección del pene, los registros y exámenes vaginales practicados sin consentimiento de la persona a que se le realizan, los exámenes anales practicados sin consentimiento del examinado, o bien la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático sin consentimiento expreso del examinado. Ahora bien, para esta Sala, sobre la base de la dignidad humana y del respeto a la vida, que bajo ninguna circunstancia podrían verse amenazados por una intervención corporal, existen ciertamente derechos fundamentales cuya afectación se permite aún sin el consentimiento del imputado (objeto de prueba), dentro de ciertos límites rigurosos. Ello sucede por

ejemplo con la integridad física, cuya leve afectación es permitida, por ejemplo, para la extracción de sangre, saliva, corte de cabellos, vellos púbicos, tejido, siempre y cuando sean practicadas por un perito y que en su realización –se insiste– no se ponga en peligro la vida ni la salud del examinado. Esa posibilidad de realizar estas intervenciones en forma coercitiva no exime al juez de motivar su realización y de que sean practicadas en todo caso por un perito o médico. Así, para este Tribunal Constitucional debe entenderse que siempre que se quiera realizar una intervención corporal, deben existir determinados presupuestos sustanciales de legitimación de su realización, y ellos son: a) utilidad de la medida dentro del proceso concreto, es decir, que se espere de ella un resultado de utilidad para la causa de que se trate; b) existencia de indicios comprobados contra el acusado, que justifiquen la intervención corporal -artículo 37 constitucional-; c) necesidad de la medida, esto es que el resultado que de ellas se espera no pueda ser obtenido por otros medios menos gravosos, pues si es posible sustituirla por una medida menos lesiva, esta última es la que ha de prevalecer; d) proporcionalidad de la intervención, de la lesión que se pretende ejecutar, con la naturaleza de la lesión al bien jurídico que se ha dado con el delito que se investiga, pues deben guardar una relación de proporcionalidad a fin de equilibrar los intereses en juego; e) la realización de la prueba siempre debe estar en manos de peritos calificados, generalmente médicos, y nunca deben poner en peligro la salud o la integridad física del imputado, aunque medie su consentimiento; f) no pueden realizarse intervenciones corporales que impliquen en sí mismas un tratamiento cruel o degradante del examinado o que lesionen su dignidad.

IV.- Sobre las intervenciones corporales realizadas a los amparados. *A la luz de las consideraciones realizadas, con base en el informe rendido por la autoridad recurrida y la prueba allegada a los autos se concluye que en la especie no se ha lesionado ningún derecho fundamental a los amparados con la intervención corporal de que fueron objeto, habida cuenta que según se desprende la solicitud de prueba radiológica que la Policía Control de Drogas realizó a la Fiscalía Adjunta de Alajuela, en virtud del análisis que se realiza para establecer el riesgo con el trasiego ilegal de estupefacientes en los vuelos entrantes y salientes por el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, el Departamento Regional de ese cuerpo policial ubicado*

en esa terminal aérea, el seis de agosto de dos mil seis dispuso realizar la inspección del vuelo número 6312 de la compañía Iberia, con destino a Madrid, España y conexiones. Para tal efecto, los oficiales que se encargaron de la diligencia se encontraban observando a los pasajeros que realizaban los trámites de chequeo en la respectiva línea aérea, a las dieciocho horas cincuenta minutos, cuando lograron visualizar a dos sujetos que llegaron a chequearse (los amparados), quienes fueron entrevistados por miembros de la Policía Control de Drogas para solicitarles su identificación. Esos pasajeros llamaron su atención, entre otras cosas, porque no coincidían en sus respuestas, además ingresaron a nuestro país procedentes de Panamá el dos de agosto, vía terrestre por el puesto de paso Canoas, llamando la atención porque los días miércoles la aerolínea de Iberia viaja hacia Madrid vía Panamá, aunado a que presentaban un comportamiento nervioso, reflejado en los indicadores fisiológicos —dice el informe— como resequedad en su boca, manos temblorosas y evidente sudoración en su rostro y manos; asimismo, los oficiales observaron que los individuos no los miraban directamente a los ojos, siendo esos indicadores de tipo psicológico que ese cuerpo policial considera para estos efectos. En atención a lo descrito, la Policía de Control de Drogas solicitó a la Fiscalía la práctica de una prueba radiológica, propiamente radiografías de abdomen para los amparados, lo que efectivamente se hizo, logrando la respectiva autorización por parte del Juez Penal de Alajuela. La Fiscal Auxiliar de Turno de la Fiscalía Adjunta de Alajuela solicitó al personal del Servicio de Emergencias del Hospital San Rafael de Alajuela que practicara una prueba radiológica (rayos X) para los amparados, con el fin de descartar o confirmar las sospechas de que transportaban droga ilícita en su organismo. A las veintiún horas cuarenta minutos del seis de agosto de dos mil seis, el radiólogo Omar Fernández, del Servicio de Emergencias del Hospital de Alajuela procedió con la realización de los exámenes radiológicos a los amparados. A las veintidós horas del seis de agosto de dos mil seis, el doctor Álvaro Aguilar Cordero, del Servicio de Emergencias del Hospital de Alajuela, realizó el diagnóstico de los exámenes radiológicos realizados, resultando que los amparados presentaban resultado positivo por cuerpos extraños en su aparato digestivo. Acto seguido los oficiales de policía les indicaron a los amparados sus derechos constitucionales, según consta en el informe policial. Se tiene por cierto, además, que mediante resolución

de las veintidós horas diez minutos del seis de agosto de dos mil seis, a solicitud del representante del Ministerio Público el Juzgado del Procedimiento Preparatorio de Alajuela ordenó la intervención corporal de ambos encartados, resolución que se les notificó personalmente en el Hospital San Rafael de Alajuela. Ellos firmaron el acta de notificación. Como resultado de la ingesta de laxante ambos amparados habían expulsado cuando se solicitó prisión preventiva en su contra, un total de noventa y ocho óvulos, que al realizarles la prueba de campo se determinó que correspondía a clorhidrato de cocaína y, por consiguiente, aún sin que terminaran de expulsar todos los óvulos que transportaban en sus organismos, la Fiscalía solicitó en su contra la medida cautelar indicada que fue acogida por el Juzgado Penal de Alajuela en resolución de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del siete de agosto de dos mil seis, con posterioridad a que se les recibiera declaración a ambos amparados, diligencia en la cual estuvieron asesorados por un abogado defensor.

(S 2006-14865 de las doce horas ocho minutos del seis de octubre de dos mil seis de la SC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado presenta un recurso de casación contra la sentencia que declaró a su defendido, autor responsable de siete delitos de actos sexuales y eróticos remunerados y lo condenó a veintitrés años de prisión. Dentro de los argumentos del recurso, señala que dado que las ofendidas manifestaron a viva voz en el contradictorio que “no se sentían maltratadas por el imputado, que no se arrepentían de haber mantenido una relación sexual con él, que nunca lo hubieran denunciado [...] no se causa lesión alguna al bien jurídico tutelado por el artículo 160 del Código Penal, razón por la que debe absolverse al imputado.

¿Cómo contestaría la audiencia ante casación? ¿A su juicio, las manifestaciones de las ofendidas implican la ausencia de lesión al bien jurídico?

Decisión del tribunal

La defensa considera que, debido a que las menores no se arrepienten de haber mantenido relaciones remuneradas con el endilgado, no se lesionó el bien jurídico que tutela el ilícito en cuestión y por

lo tanto, se elimina la tipicidad penal de la conducta. Luego trae a colación el contexto socioeconómico de las menores para indicar que el deterioro psicosexual acreditado en las pericias realizadas, responde a sus “endémicos problemas” afectivos y familiares, pero no es achacable al inculpinado. Ciertamente es que la protección de bienes jurídicos -entendidos éstos como relación de disponibilidad de un sujeto con “lo protegido” (vida, honor, libertad sexual, etc.)- es un límite infranqueable para el ejercicio del poder punitivo estatal. Acorde con una correcta lectura de los artículos 28 y 39 constitucionales, “[...] no se puede hablar de “legitimidad para el control penal” si no existe un objeto de protección lesionado, es decir, una parcela de las relaciones de convivencia y de los intereses que estas generan que haya sido valorada legislativamente y que resulte relevantemente violada por una conducta humana [...]. El bien jurídico solo es posible conocerlo dentro del tipo penal, ya que la conducta que supone el tipo penal se entiende que lo cumple íntegramente sí y solo sí ha lesionado el bien jurídico penalmente tutelado, no existe otra manera racional de conocer el objeto de protección más que por la misma descripción penal. Así las cosas, el bien jurídico establece para el juez un trascendental esfuerzo exegético ya que el injusto (conducta contraria al Derecho) sería jurídico-penalmente analizada solo cuando, además de contrariar lo dispuesto por la norma, lesione significativamente o ponga en real peligro un bien jurídico penalmente tutelado. Esto hace que el bien jurídico, como concepto perteneciente a la Ley, tenga implicaciones trascendentales para el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta” (Issa El Khoury, Henry, y Chirino Sánchez, Alfredo: “Bien Jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional”. En: Revista de Ciencias Penales, año 5, número 7, julio de 1993). En el caso concreto, los Juzgadores concluyeron de manera adecuada que la conducta de K. era típica. El artículo 160 del Código Penal tutela el normal desarrollo y trato sexual de los menores, cuyo consentimiento supone la norma, pero se les protege precisamente en atención a que son más vulnerables a la explotación a cambio de ventajas económicas. El conjunto de condiciones socioeconómicas que resalta la defensa técnica para aseverar que, debido a su lamentable trasfondo, las ofendidas ya tenían un desarrollo psicosexual anómalo, no viene a desvirtuar la lesión al bien jurídico protegido por la norma. El ilícito en

cuestión no requiere que el sujeto pasivo no haya tenido experiencias sexuales previas, ni que tenga una determinada concepción de la sexualidad. Tal y como razonó esta Cámara con anterioridad: “Una cosa es que un menor pueda tener un conocimiento mayor al de sus coetáneos sobre la sexualidad y otra, muy diferente, es que resulte inmune a la distorsión que en su desarrollo representa el que se le ofrezca dinero por efectuar actos eróticos frente a otras personas [...] Es incuestionable que una propuesta, o bien la realización de una acción como esa, golpean sensiblemente la comprensión que el menor tiene de la sexualidad (aunque esta sea mayor que la de otros niños de su misma edad); así como que entre ambas situaciones hay una diferencia cualitativa, signada por la precocidad del sexo compartido, la representación como posibilidad de que este se de entre niños y adultos, y la venalidad. De tal suerte que no cabe duda de que también el bien jurídico argüido por el defensor era pasible de ser lesionado en los hechos que son objeto de este proceso.” (resolución número 782 de las 9:15 horas del 11 de setiembre de 2003). Amén de lo anterior, la afectación del bien jurídico no puede hacerse depender de la percepción de las menores de que “no se les maltrató”, porque ello, como se ha señalado, es consecuencia de la distorsionada autoimagen de las agraviadas, y de su incapacidad de identificarse como víctimas. Son precisamente estas circunstancias las que aprovecha el imputado para explotarlas sexualmente. Las lamentables condiciones de vida de las ofendidas no implican de ninguna forma, que respecto a ellas no haya bien jurídico alguno qué proteger, o que no pueda afectarse en mayor grado su desarrollo psicosexual, bajo la tesis de que “ya había sido lesionado previamente.

(S 590-04 de las 9:20 hrs. del 28-05-04 de la STC).

Síntesis del caso

El Tribunal de Juicio de Heredia declaró a los imputados L.A.A.J. y L.M.C.T., autores responsables del delito de portación ilegal de arma permitida y de portación de arma no permitida, en perjuicio de la Seguridad Pública, por lo que se les condenó a dos años de prisión.

La defensa planteó un recurso de casación por el fondo debido a la errónea aplicación de la ley sustantiva por inexistencia de antijuridicidad material en el hecho por cuanto, el delito de portación ilegal de arma es un delito de peligro, porque pone en riesgo la seguridad ciudadana, y el solo decomiso de un arma no implica en sí mismo una lesión al bien jurídico, pues no se pone en peligro la seguridad ciudadana. Señaló que como se demostró con la prueba recibida en juicio, el fusil de asalto decomisado no disparaba, pues le faltaba el sistema percutor y su recámara y cañón estaban obstruidos. Además, dicha arma venía envuelta en un saco de nailon en el interior de un vehículo, por lo que ninguna persona podría sentirse amenazada por la imposibilidad de ser disparada. Igual sucede con otra arma encontrada; el simple hallazgo en el vehículo no generaba ningún peligro. En consecuencia, el hecho era atípico por carecer de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Solicitó que se declarara con lugar el recurso y se ordenara la absolutoria.

¿Cómo contestaría usted la audiencia conferida en su condición de fiscal? ¿En su criterio, se produjo una lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado?

Decisión del tribunal

Se declara parcialmente con lugar el recurso planteado, se recalifican los hechos y se ordena extensión de los efectos al no recurrente. Tal como lo hace ver la defensa, la Sala Constitucional se ha pronunciado reafirmando el contenido del artículo 28 constitucional en el sentido de que aquellas conductas que no afecten la moral y las buenas costumbres se encuentran fuera del ámbito punitivo del Estado. Este tribunal también ha considerado la lesión al bien jurídico tutelado como un elemento integrante de la antijuridicidad material, que debe concurrir para que haya disparidad entre el hecho y la disposición legal prohibitiva. Se ha dicho al respecto que: “[...] otras máximas que inspiran el Derecho Penal como lo son el principio de proporcionalidad entre hecho y sanción, y la premisa filosófico-jurídica que sitúa el Derecho Penal como derecho residual o fragmentario, como última ratio y no como única ratio para la solución de conflictos en la sociedad. Una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Art 28 y 39 de la

Carta Magna). Como bien lo puntualiza Susana Huerta Tocildo en la página 20 de su obra Sobre el contenido de la antijuridicidad, Editorial Tecnos S. A., 1984: “[...] para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –desvalor de resultado– sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción).” (Sentencia del Tribunal de Casación 00639-00 de 21 de agosto de 2000. También se ha considerado el tema en las sentencias 01021-2002 y 00948-2003 de este mismo Tribunal) Tratándose de la Ley de Armas, el legislador ha considerado que la seguridad de los ciudadanos es un bien jurídico digno de tutela y ha dispuesto una ley que establece cuáles armas son permitidas y los requisitos para obtener la autorización para su posesión o transporte, y cuáles armas, por su potencial ofensivo no deben estar en manos de las personas de derecho privado. Ha sido reiterado en la jurisprudencia del Tribunal del Casación Penal, que para que se configure algunos de los delitos de dicha ley debe evidenciarse algún peligro real o potencial para la seguridad ciudadana, que logre vulnerar el bien jurídico tutelado (Sentencia 870-2002 de 16:25 hrs. de 18 de octubre de 2002), de tal forma que si la conducta no alcanza tal estado lesivo, no existe antijuridicidad material y por ello la figura no constituye delito. En un caso similar al que se conoce se afirmó que: “Era esencial determinar si el estado del arma permitía su funcionamiento o no, porque de ello dependía la posible puesta en peligro o el simple peligro para el bien jurídico protegido por el artículo 88 de la Ley de Armas. En el fallo en cuestión se admite una duda sobre el particular (folio 49), es decir, no se sabe si realmente la portación del arma decomisada representaba algún peligro para el bien jurídico protegido por el 88 de la Ley de Armas y Explosivos.” (Sentencia 1032-2003 de 11:32 hrs. de 16 de octubre de 2003. En sentido similar ver al respecto la sentencia 992-2003 de 11:15 hrs. de 30-09-03). El reclamo que la parte plantea presenta alguna similitud con los fallos citados, pues se indica que el arma AK47 que se le decomisó a los imputados no funcionaba y así fue indicado en el dictamen respectivo, en consecuencia, no tenía capacidad potencial de causar peligro alguno. Examinado el dictamen rendido por el Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, tenemos que “el arma referida no dispara, ya que le falta el percutor y su recámara y cañón están obstruidos” (f. 48-49), en consecuencia la misma carecía

de capacidad de causar un peligro real o potencial para las personas, por lo que en cuanto al arma mencionada sí es viable aplicar los precedentes citados, que relevan de responsabilidad criminal cuando se descarta la lesión al bien jurídico tutelado [...] En orden a lo dicho, si el fusil AK47 es una arma prohibida, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de armas y se ha estimado que por las condiciones de la misma no lesiona el bien jurídico tutelado el imputado CT no debió ser condenado por ese hecho. Por tratarse de un hecho cometido en concurso ideal, lo propio no es anular la condena impuesta por portación de arma prohibida y recalificar los hechos a un único delito de portación ilícita de arma permitida, calificación que se hace con efecto extensivo para L.A.A. por encontrarse en idéntica situación que el recurrente L.M.C. En consecuencia, se declara a ambos imputados autores de un único delito mencionado y de conformidad con el artículo 88 párrafo segundo de la Ley de armas se les impone la pena mínima de seis meses de prisión.

(S 98-04 de las 10:39 hrs. del 12-02-04 del TCP).

Síntesis del caso

El Tribunal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela condenó al imputado C.M.M.R. como autor responsable del delito de Infracción a la Ley de Armas y Explosivos, cometido en perjuicio de la Seguridad Pública y, en virtud de ello, le impuso la pena de seis meses de prisión.

La defensa planteó un recurso de casación por el fondo, invocando errónea aplicación del artículo 88 de la Ley de Armas, en relación con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. Cuestiona la condenatoria por el delito de portación de armas, sin que existiera posibilidad de violación al bien jurídico, en tanto dicho objeto se encontraba en pésimas condiciones e, incluso, no podía ser utilizada por su estado. Lo anterior está extraído de la recurrente de las deposiciones brindadas por los testigos y el propio informe policial. El tribunal en la sentencia admitió la posibilidad de que el arma no funcionara por el pésimo estado de conservación en que se encontraba.

¿Cómo contestaría usted la audiencia de Casación? ¿Estima que debió acreditarse el funcionamiento del arma? ¿Qué vinculación tiene este hecho con el bien jurídico tutelado?

Decisión del tribunal

Se acoge el motivo. En el fallo el juzgador admite la posibilidad de que el arma no funcionara, por el pésimo estado de conservación. Incluso se hace alusión a la falta de una prueba para determinar el funcionamiento del revólver decomisado al imputado, es decir, se establece en la sentencia la presencia de un desperfecto en el arma que podía impedir su uso normal. Esta Cámara ha fijado la necesidad de evidenciar algún perjuicio concreto o potencial para la seguridad ciudadana en este tipo de delitos (voto 2002-870, de las 16:25 horas del 18 de octubre del 2002; 2003-992, de las 11:15 horas del 30 de setiembre del 2003). Concretamente se dispuso en ese fallo “[...] el bien jurídico tutelado por los tipos penales que criminalizan las acciones de tenencia y portación de armas, es la seguridad ciudadana. La acción que justifica la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 97 de la L.A.E, debe provocar algún perjuicio o peligro potencial concreto sobre la seguridad de los ciudadanos. Si una persona porta, injustificadamente, un arma [...] en un sitio público o de acceso público, se aprecia, en esta hipótesis, un peligro a la seguridad ciudadana de un número indeterminado de personas [...].

En la sentencia se reconoce los desperfectos del arma en cuestión, al tanto que incluso podrían impedir su uso. Esto a la vez tiene relación con el punto en cuestión, es decir, la posibilidad de violación al bien jurídico exigida por el artículo 28 de la Constitución Política, requisito que ha sido objeto de análisis por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en el voto 1588-98 de las 16:27 horas del 10 de marzo de 1998).

Era esencial determinar si el estado del arma permitía su funcionamiento o no, porque de ello dependía la posible puesta en peligro o el simple peligro para el bien jurídico protegido por el artículo 88 de la Ley de Armas. En el fallo en cuestión se admite una duda sobre el particular (folio 49), es decir, no se sabe si realmente la portación del arma decomisada representaba algún peligro para el bien jurídico protegido por el 88 de la Ley de Armas y Explosivos. Ante esa duda, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9 del Código Procesal Penal, debe estarse a lo más favorable para el imputado. Era tarea del Ministerio Público, según el corte acusatorio del proceso penal, demostrar que el arma funcionaba, ofreciendo para ello el peritaje que echa de menos

el juzgador, con el fin de establecer el peligro para el bien jurídico. Al no hacerlo se mantiene vigente el estado de inocencia del imputado y por ello debe acogerse el recurso planteado, revocando el fallo y absolviendo de toda pena y responsabilidad a Catalino Martínez Rivera, por el delito de infracción al artículo 88 de la Ley de Armas, en perjuicio de La Seguridad Pública. El Estado correrá con los gastos procesales.

(S 1032-03 de las 11:32 hrs. del 16-10-2003 del TCP).

Síntesis del caso

El Tribunal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela condenó al imputado a seis meses de prisión por el delito de robo simple. En el único motivo de casación por el fondo, el defensor alegó errónea aplicación de la ley sustantiva, concretamente de los artículos 1 del Código Penal y 88 de la Ley de Armas y Explosivos. Sostuvo que no se demostró el peligro corrido por el bien jurídico, en tanto el arma decomisada se encontraba desarmada dentro de un saco, perdiendo su poder ofensivo y, consecuentemente, no constituía peligro para la seguridad pública.

¿Estima usted que, en este caso, no se afectó ni puso en peligro el bien jurídico tutelado?

Decisión del tribunal

El motivo no es atendible. El punto en cuestión fue resuelto, en forma adecuada, por el Tribunal de mérito. Por medio de la valoración del testimonio del oficial A.L.M.A se logró acreditar que si bien es cierto dicho bien se encontraba dentro de un saco y desarmada, no tomaba más de quince segundos armarla y prepararla para su normal uso (folio 51). El A quo expuso sobre el particular

“[...] No alcanza ninguna duda al tribunal derivado de las declaraciones de J. V. y de N. U., que el día de los hechos el imputado portaba un arma de fuego, una escopeta calibre 28, pues salió con su primo J. V. a cuidar una finca de éste y necesitaba un arma, pues como dice don J. Á. no podían andar cuidando una finca sin arma, el arma le pertenecía al imputado así lo afirmaron en juicio tanto J. V. como N. U.; el imputado portaba el arma cuando es requerido por la policía, la llevaba en un saco y desarmada, sin embargo como lo indica A. L.,

el arma es de muy fácil acoplamiento siendo que son segundos los necesarios para armarla; el imputado portaba un arma y no contaba con permiso de portación, de acuerdo con los testimonios de su esposa y de su primo J., él sabía que era un arma, y la llevaba consigo ante la eventualidad de encontrar un delincuente en la finca que iba a vigilar[...]en el presente caso el imputado llevaba consigo un arma, la llevaba en un saco, debe tenerse en cuenta que el imputado y su primo viajaban en moto y que transportar el arma para el imputado era más fácil en un saco y también desarmada, sobre todo teniendo en cuenta que ante cualquier eventualidad era muy sencillo sacarla y montarla [...]”(folios 57, 58 y 59).

De la anterior valoración de la prueba queda claro la irrelevancia del alegato de la defensa. La circunstancia de que el arma se portara desarmada no impedía el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal, a saber la seguridad pública, pues dicho bien era fácil manipulación y podía ser armada en unos quince segundos, situación que deriva del testimonio de L.M. Incluso el buen estado del bien es destacado por el tribunal, pues se portaba ante la necesidad de su uso para enfrentar delincuentes que hacían daño a la ganadería de una finca del primo del imputado. Con fundamento en lo expuesto procede declarar sin lugar el motivo de casación formulado.

(S 1054-03 de las 12:52 hrs. del 16-10-03 del TCP).

Síntesis del caso

En el presente caso, el tribunal condenó a ambos imputados por el delito de Tenencia y Venta de Drogas, aplicando los artículos 61 y 71 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N.º 7786 del 15 de mayo de 1998.

Sin embargo, adujo la defensa en el recurso de casación interpuesto que, en las consideraciones de fondo de la sentencia, ni siquiera se hizo referencia a la calificación jurídica correspondiente a los hechos que tiene por acreditados; no se examinó cuál es la conducta desplegada por cada uno de los encartados y el sustento probatorio. Solo hizo alusión a múltiples “compras experimentales” o “ventas controladas” de drogas que, por sí mismas, no configuraban el delito.

¿Considera usted que con las compras experimentales de drogas, se da una afectación al bien jurídico tutelado? ¿Qué utilidad tienen?

Decisión del tribunal

[...] aunque, dependiendo de las circunstancias, ello podría demostrar (las compras experimentales de drogas) la existencia de la posesión de drogas destinada a fines sancionados por la ley, de ahí que no pueda configurar una fundamentación suficiente para la condena, la simple referencia a los elementos probatorios que demuestran la venta experimental, aún cuando dicha venta sea con dinero marcado previamente, observada por autoridades judiciales, y con el decomiso de la droga objeto de la venta y el dinero correspondiente al precio de la compra, pues ello solo demuestra esa venta experimental, controlada. Como lo ha indicado la Sala Constitucional, y lo recoge el Voto 2002-0355, de este Tribunal de Casación, al expresar: “En tales circunstancias, no puede decirse que haya afectación alguna al bien jurídico tutelado, sea la salud pública, dado que ni el agente encubierto compra para consumir la droga, ni tampoco lo hace para realizar transacción alguna con la misma, que pudiera afectar la salud de una persona, sino que la única finalidad de la compra es la de preconstituir prueba en contra de las encartadas, (delito experimental), sea, que se trata de una actividad completamente controlada por la policía, con conocimiento del órgano requirente, y de la autoridad jurisdiccional, la que participa en algunos actos (marcación de billetes, allanamiento y decomisos), siendo estas autoridades las que se hacen cargo de la droga “comprada” y decomisada, de modo que no podría producir la afectación del bien jurídico tutelado, requisito necesario para la tipicidad de la conducta, que exige el desvalor del acto, así como para la antijuridicidad, que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Constitución Política. Tal y como lo ha dicho la Sala Constitucional, tratándose del delito experimental, este sirve para probar la existencia de otra conducta delictiva, no la que configura el mismo experimento, pues como se indicó, con respecto a este no puede correr peligro el valor tutelado con la norma, y por ende no podría ser sancionado. Así, en el voto 5573-96, de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, que refleja la posición de la

Sala con relación al tema, (en este voto se acogen los criterios antes emitidos por la Sala, en los votos 477-94, y 1169-94, y que luego se reiteran en votos posteriores a este, tales como los votos 5917-1996, 7140-2000, 6466-2001), nos indica: “[...] En los antecedentes citados, esta Sala señala que el delito experimental no puede dar base a un juzgamiento con consecuencias penales independientes, pues como se dijo, es un –experimento–. Se ha señalado además que sí puede ser elemento probatorio para acreditar otro hecho, puntualizando que en todo caso nunca podría ser única prueba. Esta última afirmación merece ser clarificada. Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como –agentes encubiertos–, haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación policial. De ese operativo puede tenerse como resultado, suficientes indicios que permitan acreditar que la persona ya ha cometido un hecho delictivo, el que solo se ve reforzado –desde el punto de vista probatorio– con el experimento. Por ejemplo el policía que compra droga, esa venta en sí misma no es delito, porque no hay posibilidad alguna para que se lesione el bien jurídico protegido por la norma. Pero esa compra, puede tener fuerza probatoria para acreditar –dependiendo de las circunstancias que rodeen el caso concreto– que el vendedor se dedica habitualmente a esa actividad, porque ya la venta, aunque de cantidades mínimas, indica que se poseía esa droga con fines de comercialización o suministro, acción que también resulta penada por la ley. En esas condiciones, especialmente por el principio de libertad probatoria que rige en nuestro medio, dependerá del caso concreto, y de la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, determinar si es suficiente la prueba para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho [...]” “En el mismo voto, la Sala expresa el especial cuidado que se debe tener al examinar estos casos, a fin de distinguir aquella actividad constitutiva del delito experimental, de la verdadera inducción policial a la comisión del delito [...]” En el caso que nos ocupa, en el Considerando II “ANÁLISIS DE LA PRUEBA”, el juzgador hace referencia a las probanzas del expediente, y agrega: “De suma importancia resulta el Dictamen Criminalístico de

folios 56 a 58, mediante el cual se logra acreditar en forma fehaciente que lo adquirido en las cinco compras experimentales, la realizada en el operativo policial así como lo decomisado a la justiciable Gutiérrez Contreras es cocaína base crack, especificando además dicha pericia el peso de las piedras de crack adquiridas en las diversas oportunidades”, folio 91 vuelto. Luego, en el Considerando III “ANÁLISIS DE FONDO”, alude el a quo a la importancia de la “confesión” en el procedimiento abreviado, que, dice, constituye prueba de la participación criminal en el hecho atribuido, y requisito formal del procedimiento, refiriéndose a la anuencia de las partes en su aplicación, y a la existencia de otras probanzas además de “la confesión” de los encartados, concluyendo el señor juez que “En efecto, tanto el Informe Policial [sic], como las actas de decomiso de dinero y drogas, de marcación de dinero así como el Dictamen Criminal [sic] , son pruebas que, aunadas a la confesión de los justiciables, permiten al suscrito extraer un juicio de convicción certero y concreto respecto a la efectiva y dolosa participación de los acusados en los hechos que se les atribuyen.” Conforme a lo expuesto, el a quo hace referencia a una “confesión” que no existe, pues la aceptación de los cargos a efectos del procedimiento abreviado, que se dio en este proceso, no configura propiamente una confesión, y, en todo caso, ello no eximiría del examen de los elementos del delito, y de la fundamentación atinente a la relación de la noticia criminis con la prueba, que se omite en la resolución que nos ocupa. Además, se ignora si el juzgador considera las ventas experimentales, a las que alude, como configurativas del delito por el que condena, al que solo hace referencia en el POR TANTO, como “TENENCIA Y VENTA DE DROGA”, con cita de los artículos 61 y 71 de la referida ley, sin que realice un verdadero encuadramiento de los aspectos fácticos en el tipo penal que pretende aplicar, y, por ende, sin que de las razones de ello, por lo que tampoco es posible determinar si, aparte de las “ventas experimentales”, el señor juez considera otras circunstancias que le hagan concluir en la existencia de una conducta delictiva, por parte de los encausados. Por ello, hay que concluir que la resolución carece de la debida fundamentación, tal y como se alega, por lo que, por mayoría de votos, SE ACOGE EL MOTIVO. Por lo expuesto, conforme a los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 363 inciso b) en relación al 375 párrafo último, 369 inciso d), y 450, del Código Procesal Penal, por mayoría, se declara con lugar el recurso de casación, se anula la

sentencia, y se reenvía. Dado lo resuelto no se conoce de los otros motivos del recurso.

(S 113-03 de las 9:33 hrs. del 13-02-2003 del TCP).

Síntesis del caso

El representante del Ministerio Público planteó un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado de toda pena y responsabilidad por considerar, entre otros motivos, que la sentencia infringía las reglas de la sana crítica, la lógica y correcta derivación. Indicó que si el a quo estaba convencido de que el encartado efectivamente transportó la droga que le fue decomisada y existió una compra controlada, se apartaron de las reglas de la lógica, la experiencia y la razón suficiente, al absolver al encartado.

El tribunal de juicio estimó que la compra controlada que se realizó al encartado era un acto de investigación de carácter indiciario y atendió al hecho de que el imputado señaló que la droga era para el consumo, indicando que era un adicto. Se contó en el caso con una compra controlada realizada con la ayuda de un agente colaborador, donde la Policía Judicial, a raíz de informaciones confidenciales, dio seguimiento al endilgado con el fin de demostrar la actividad ilícita. A raíz de esa compra, se capturó al imputado y se logró decomisarle 60,5 gramos de cocaína, cuyo valor comercial asciende a la suma de 152.000 colones.

¿Considera usted que el caso amerita el dictado de una sentencia absolutoria? ¿Se da en la especie una afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado?

Decisión del tribunal

El reclamo no es procedente: *Del análisis del acervo probatorio, no se puede concluir de manera indubitable, que la droga transportada por el acriminado era para la venta. Se debe tomar como punto de partida, que el acriminado indicó ser un adicto a la droga –(ver folio 91)–, y por tal completamente factible, que la droga decomisada fuera para su consumo, más que indicó haberla comprado entre varias personas. Esta situación no logró ser desacreditada con la investigación realizada por el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, impidiendo al Tribunal contar con los suficientes elementos de prueba para estimar que*

la droga decomisada tenía fines de comercio. Efectivamente, analizado el elenco de pruebas, se cuenta con una compra controlada realizada con la ayuda de un agente colaborador, donde la policía judicial a raíz de informaciones confidenciales, procede a dar seguimiento al endilgado con la finalidad de demostrar la actividad ilícita que aquel desarrollaba –(ver acta de folio 16)–. Sin embargo, lleva razón el Tribunal al decir, que las compras experimentales realizadas por la policía tienen un carácter meramente indiciario, cuyo valor probatorio depende, del resultado obtenido al analizar en forma conjunta todos los indicios y demás elementos de convicción, a tal punto que permitan arribar a una unívoca conclusión. Es así, como realizada esta única compra experimental (vista como una diligencia de investigación), se procedió con el operativo de captura en la Terminal de buses de Liberia, logrando ubicar aproximadamente 60,5 gramos de cocaína –(ver folio 35)– en posesión del aquí encartado (quien lejos de negarlo indica ser para su consumo), y en el consecuente allanamiento que se realizó en su casa (donde no se encontró droga alguna) –(ver folio 12)–. Conforme a lo anterior, la única fuente indiciaria que permite indicar que la droga decomisada se encontraba destinada a la venta es; la compra experimental realizada por la policía judicial sin ningún control jurisdiccional; así como la versión de Henry López Rosales conforme se establece en el Informe Policial N° 208-05-G –(ver folio 10)– cuyo contenido no se podía incorporar si no es por la declaración oral en juicio, conforme lo establece la normativa procesal penal, claro está, si el mismo hubiera sido ofrecido como prueba testimonial por parte del Ministerio Público. Lo anterior, porque los demás elementos esgrimidos, son compatibles con la declaración del propio imputado. Véase que los mismos agentes del Organismo de Investigación Judicial, indicaron que en las vigilancias realizadas no observaron que ninguno de los drogadictos reconocidos de la zona se acercaran a comprar como bien lo argumenta el Tribunal –(ver folio 95); la cantidad de droga que se le decomisó en términos generales no es significativa para descartar el consumo personal como destino de la misma, cuyo valor comercial según se desprende del informe policial y al depósito efectuado por el encartado no excedió un pago de ¢152.000.00 –(ver folio 68)– monto que no se desacreditó estar dentro de las posibilidades económicas del encartado quien se desempeñó como funcionario de la empresa la “Yema Dorada” –(ver folios 30-31). Elementos que fueron tomados en cuenta, en forma motivada por los

Juzgadores en el fallo absolutorio correspondiente –(ver folio 98)–. Por lo anterior, se estima que no lleva razón el recurrente al estipular que, con sólo el hecho de comprobar el transporte de drogas, se debe imponer una sentencia condenatoria, ya que si bien es cierto, este tipo de delitos son de peligro abstracto, se debe demostrar que las acciones son tendientes a lesionar el bien jurídico entendido –en este caso– como la Salud Pública, contrario sensu, si con la prueba evacuada no se logra descartar que la droga es destinada al consumo personal del imputado, no sería de recibo la afirmación de la puesta en peligro del bien jurídico indicado, por la no afectación de una colectividad, sino únicamente de la salud del mismo encartado. En consecuencia, se declara sin lugar al presente reclamo.

(Sentencia 98-07 de las 8:40 hrs.del 23-02-07 de la Sala Tercera de la Corte).

Síntesis del caso

La defensa de la imputada interpuso un recurso de casación contra la sentencia que la declaró autora responsable del delito de ejercicio ilegal de la profesión de odontóloga, en daño de la autoridad pública y el Colegio de Odontólogos de Costa Rica, y le impuso tres meses de prisión.

La imputada, si bien no había sido incorporada al colegio profesional respectivo, sí ostentaba un título universitario de odontóloga, expedido por una universidad argentina. Al deducir el reclamo, señaló que el juzgador de mérito no consideró las razones expuestas en juicio (que la imputada tenía título profesional de una universidad reconocida por la Universidad de Costa Rica; además realizaba su trabajo con una alta calidad y no puso en riesgo la salud ni la integridad física de nadie) para justificar la conducta de la imputada A. R. B. Pero sí las tomó en cuenta al momento de fijar la pena, con lo que reconoce tácitamente la existencia del estado de necesidad que se invocó. Al desechar la justificación para excluir la antijuridicidad de la acción, por una parte, y al tomarla en cuenta para fijar el mínimo de la pena, por otra parte, hay una contradicción que tornó nulo el fallo de mérito, y así pidió que se declarara.

¿En su criterio, el bien jurídico protegido por la norma resultó lesionado? ¿Qué argumentaría ante el tribunal?

Decisión del tribunal

[...] el legislador tiene una función de selección de bienes jurídicos para protegerlos penalmente, los que -en un Estado constitucional de derecho- deben necesariamente ser los bienes consagrados en la Constitución Política e instrumentos de derechos humanos. Hasta aquí tenemos dos conclusiones: (i) El derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos tutelados en la carta constitucional e instrumentos de derechos humanos (selección de bienes jurídicos); y (ii) No todos los bienes consagrados en la norma fundamental deben llevarse al ordenamiento penal, si en otras materias encuentran una protección eficaz (*ultima ratio*). Bajo estas premisas de partida, debe estudiarse el caso que ahora ocupa al Tribunal de Casación Penal.

II.3) El delito de ejercicio ilegal de una profesión. - Establecido por el § 315 del C.p., el tipo de ejercicio ilegal de una profesión reza así: «Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente». De acuerdo a lo apuntado, la norma de determinación pretende que quien no esté autorizado por la entidad establecida por ley, no ejerza una profesión; sin embargo, la simple realización del tipo penal, el simple quebranto de la norma de determinación, es insuficiente para acarrear la responsabilidad penal, porque es necesario –además– romper la norma de valoración, esto es lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado. En este momento debe hacerse una precisión: los tipos penales tutelan al mismo tiempo varios bienes jurídicos, unos de ellos más importantes que otros para la figura en concreto, pero normalmente una acción antijurídica termina vulnerando diversos bienes. Así v.gr.: la violación lesiona la salud, la libertad física, la libertad sexual, el honor, etc.; todos ellos son afectados por la comisión del delito, pero sobre todo uno. Dicho lo anterior, debe establecerse ahora cuál es el bien jurídico protegido por la figura del ejercicio ilegal de una profesión, cuando esta ha sido precisamente la odontología. Es claro que el bien jurídico tutelado no es la autoridad del Colegio de Cirujanos Dentistas, pues esto haría de la figura delictiva una norma de gestión y de control, dado que constituiría delito hasta el ejercer cuando se está suspendido por razones pueriles como p.ej. la morosidad en el pago de cuotas; el derecho penal no puede ser un mecanismo para el simple ejercicio de

la autoridad, o para motivar al destinatario a hacer lo que el Estado quiere, porque no se trata, como se indicó, de un derecho de gestión o de control social. En realidad, el ejercicio ilegal de una profesión tutela otros bienes jurídicos adicionales a la autoridad, que varían según la carrera de que se trate. Así, p.ej., el ejercicio ilegal del derecho pone en juego la libertad, el patrimonio, la personalidad, la familia, la economía, etc.; el ejercicio ilegal de la ingeniería civil pone en juego la vida y salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc.; y el ejercicio ilegal de la agronomía arriesga la salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc. En su caso, la vida y la salud de quienes requieren los servicios odontológicos, son los principales bienes jurídicos tutelados por el tipo de ejercicio ilegal de una profesión, cuando esta es la odontología; la vida porque cualquier error podría traducirse en la muerte del paciente, y la salud pues hay errores que podrían acarrear enfermedades o lesiones. No es la autoridad del Colegio de Cirujanos Dentistas el bien jurídico tutelado por el tipo del § 315 del C.p. Esto sería un absurdo, pues los fines de dicha corporación no tiene el nivel constitucional necesario para ser protegidos penalmente [...] En el caso de autos, la señora R.B. es profesional en odontología y -de acuerdo a los hechos probados en instancia- realizó actividades propias de dicha disciplina científica, sin la licencia del Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica, con lo que llenó el tipo del § 315 del C.p., esto es violó la norma de determinación, pero realizó tal acción con conocimiento, habilidad y destreza profesionales tan calificados, que alguno de sus pacientes se refirió a ella como “manos mágicas”. Antes que probarse la inidoneidad y falta de excelencia para el desempeño como odontóloga, se probó su graduación en una universidad de la República Argentina, la revalidación del título por las autoridades universitarias costarricenses, su amplia experiencia, el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para su matrícula en el Colegio de Cirujanos Dentistas (suspendida esta a las resultas de este proceso penal), así como la inclusión de su nombre en la nómina de profesionales que deben cumplir con el Servicio Social previo a incorporarse a la entidad gremial. Sobre todo por esto último es claro que el ejercicio de la odontología por parte de la imputada, sin la licencia de la corporación profesional de última cita, no puso en peligro la vida o la salud de sus pacientes. Obsérvese con detalle las conclusiones del a quo: «[...] De todas maneras, de la misma nota

dicha y del acta número 1137 de la Junta Directiva del Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica, visible a folios 131 a 138 y fundamentalmente en los acuerdos 10 y 11, se establece claramente, que la acusada R.B., fue incluida en la lista de aprobación para el año de Servicio Social y que la autorización del Colegio se refería al trabajo durante ese servicio comunal y no para el ejercicio liberal de la profesión [...] se toma en consideración que este es un caso muy particular, pues no se trata del ejercicio ilegal de la profesión de una persona sin preparación y por el contrario, estamos ante un caso de una profesional graduada en su país de origen, Argentina, donde ejerció por diez años su profesión de odontóloga, que luego vino a Costa Rica y logró la revalidación de su título en la Universidad de Costa Rica y que en la actualidad ha presentado todos los requisitos que se le han exigido para su colegiatura. Es también relevante la manifestación de los testigos [...] sobre la destreza empleada por la acusada en la aplicación del conocimiento odontológico y el buen trato que ella les brindó, al colmo que, S.A. la calificó de ‘manos mágicas[...].» (fls. 185 y 190) R.B. es una profesional preparada y experimentada, por lo que no se duda, ni se dudó en instancia, de su idoneidad y excelencia profesional; no se demostró, y antes por el contrario en buena lógica se descarta, lesión o puesta en peligro para la vida o salud de sus pacientes. La causa lo refleja así de claro, que en la vista realizada en el trámite de este recurso, el representante del Ministerio Público descartó la dañosidad de la conducta de la imputada. De aquí que el haber realizado actos propios de la carrera de odontología, como es la atención privada de pacientes, quebranta la norma de determinación, pero ante la ausencia de lesividad de sus acciones no se violó la norma de valoración. Sin lesividad la acción solo es típica pero no antijurídica, por lo que nunca podría llegar a ser culpable. Como no hubo lesión o peligro para la salud de los pacientes atendidos por la acusada, no hay daño y sin este no cabe una justificación como lo pretende el abogado impugnante. No puede haber justificación porque no hay acción antijurídica y sin esta no es posible la configuración del delito. Con esta forma de resolver, el Tribunal de Casación Penal no deja de reconocer como ilícito, el ejercicio de cualquier profesión que requiera licencia del colegio profesional respectivo; pero en tanto no lesione o haga peligrar otros bienes jurídicos superiores a la mera autoridad de la corporación profesional (salud, patrimonio, libertad,

economía, etc.), el hecho no llega a constituir delito; es decir, el ejercer sin autorización es ilegal, si además genera daños a las personas se convierte en delito. Es de aclarar que comete el delito, quien sin tener idoneidad profesional y sin autorización del colegio ejerce una carrera, porque en este caso no solo se viola la norma de determinación sino también la de valoración, esto es se realiza la acción típica y se ponen en peligro los bienes jurídicos de los clientes o pacientes. De este modo, los colegios profesionales deben resolver fuera del derecho penal, los problemas de control del ejercicio de la carrera, de quienes siendo graduados universitarios no se incorporan o después de suspendidos ignoran la orden. Ahora bien, comprobado como está que no hubo lesión al bien jurídico tutelado, resulta inútil el juicio de reenvío porque necesariamente sobrevendrá sentencia absolutoria, por ello, por el principio de justicia pronta y cumplida (§ 41 in fine, Const.Pol.) y por razones de economía procesal, tal como lo hace la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala III, aunque se trata de un recurso por la forma, se acoge el motivo, se casa la sentencia venida en alzada y se revoca totalmente, y en su lugar se absuelve de toda pena y responsabilidad a A.R.B. por el delito de ejercicio ilegal de una profesión que se le había venido atribuyendo, en daño de la autoridad pública y del Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica.

(S 1021-02 de las 11:00 hrs. del 19-12-2002 del TCP).

Síntesis del caso

El Tribunal de Juicio de Guanacaste condenó al imputado por el delito de Portación Ilícita de Arma Permitida, por el que se le impuso la sanción de un mes de prestación de trabajo de utilidad pública.

La defensa del imputado, en su primer y único reclamó por el fondo, acusó la errónea aplicación del artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos N.º 7530, reformada mediante la Ley N.º 7957. Señaló que en la relación de hechos probados, ni siquiera se mencionaba que el enjuiciado portara el arma prohibida; solo refirió que se le decomisó un arma punzocortante de dimensiones prohibidas.

El tipo delictivo requiere que el sujeto activo porte o traslade de un sitio a otro un arma de uso restringido. Este extremo realmente no se tiene por demostrado.

Existe en estas condiciones, según lo refirió el abogado defensor, una errónea aplicación de la norma sustantiva. También señaló el recurrente que aunque no lo mencionó el tipo penal, esta infracción era aplicable, cuando la portación del arma punzocortante se producía en sitios públicos o lugares de acceso público, porque de lo contrario no se lesionaría o pondría en peligro el bien jurídico tutelado por la norma punitiva: la seguridad ciudadana. La tenencia del arma en un recinto privado no podía constituir un ilícito penal, porque se trataba de actos relativos al ámbito privado (artículos 23 y 28 de la Constitución Política).

Argumentó la defensa que el decomiso de un puñal al encartado en la casa de habitación de la señora N.B.B., no constituía una lesión significativa o de importancia para el bien jurídico tutelado.

¿En este caso, considera usted que se produjo afectación al bien jurídico tutelado?

Decisión del tribunal

El yerro reclamado debe acogerse. Efectivamente, tal como lo expresa el representante de la Defensa, la acción descrita en la sentencia y en la relación de hechos probados, no representa, realmente, una lesión o peligro para el bien jurídico que tutela el tipo delictivo previsto por el artículo 97 de ley 7530. Aunque el método de interpretación gramatical presenta una serie de limitaciones e inconsistencias; la etimología y significado de las palabras puede brindar una visión reducida de los problemas jurídicos, ignorando su trascendencia sistémica y filosófica. Sin embargo, admitiendo estas limitaciones y peligros, en el caso de la norma penal aplicada, excesivamente lacónica, por cierto, debe ahondarse sobre el sentido y contenido la palabra que define al núcleo del tipo penal: portar, que conforme al diccionario de la Real Academia Española, (edición del 2001) significa llevar o traer. Esta infracción supone que el sujeto activo lleva o transporta el arma prohibida. Como bien lo apunta el abogado defensor, el decomiso del arma, no es una acción que evidencie, por sí misma, la ejecución de la acción de portar, trasladar o transportar, como lo exige el tipo penal. En este punto, conforme al contenido literal del núcleo del tipo penal, según se expuso, la relación de hechos probados no se subsume en la figura delictiva que se menciona en el fallo recurrido. La interpretación literal, conforme al método gramatical,

es insuficiente. Se requiere una valoración de la acción de acuerdo a las exigencias del bien jurídico tutelado. Aunque el tipo penal aplicado es excesivamente conciso, la relación de hechos probados requiere una descripción precisa y circunstanciada del decomiso del arma prohibida, puesto que si el cuadro fáctico de la sentencia no describe la portación como una sanción de llevar o traer, difícilmente puede aplicarse el tipo penal que prevé el artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos. El decomiso de un arma como la que define el tipo penal recién citado, no es una acción que por sí misma sea típica o lesiva al bien jurídico, por esta razón la pretensión del abogado defensor, es aceptable. La relación de hechos probados no describe una acción cuyo contenido pueda subsumirse en el artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos. El decomiso de un arma cuya posesión está, en principio, permitida y solo prohibida, en algunas circunstancias, no es un acto cuyo contenido justifique la aplicación de la actividad represiva del Estado, pues falta un requisito fundamental de la tipicidad: el perjuicio al bien jurídico. Debe entenderse, como bien lo plantea el representante de la Defensa, que el bien jurídico tutelado por los tipos penales que criminalizan las acciones de tenencia y portación de armas, es la seguridad ciudadana. La acción que justifica la aplicación del tipo penal previsto por el artículo 97 de la L.A.E., debe provocar algún perjuicio o peligro potencial concreto sobre la seguridad de los ciudadanos. Si una persona porta, injustificadamente, un arma punzocortante en un sitio público o de acceso público, se aprecia, en esta hipótesis, un peligro a la seguridad ciudadana de un número indeterminado de personas. El ilícito penal debe evidenciar algún perjuicio concreto o potencial sobre la seguridad ciudadana. En el caso que el sujeto activo porte armas en sitios públicos o de acceso público, es admisible, en principio, la lesión a la seguridad ciudadana; pero si el sujeto activo no portaba el arma, sino que se decomisa en un domicilio particular, sin que exista claridad sobre las posibles acciones peligrosas que pudo emprender el encausado o sobre las circunstancias del decomiso, es evidente que en estas condiciones no ha existido una lesión o peligro potencial sobre la seguridad e integridad física a terceros. Como bien lo expresa el impugnante, aunque en la relación de hechos probados no se menciona el sitio en que se decomisó el arma, se infiere de la lectura integral del fallo, que el decomiso se produjo en una casa particular, circunstancia en la que no se aprecia un peligro o perjuicio a la seguridad de terceros. La simple tenencia de una arma

punzocortante en un recinto privado, con una dimensión superior a los doce centímetros, no es una condición suficiente para estimar que existe un peligro para el bien jurídico tutelado y por ende la acción es atípica. Conforme a las condiciones y circunstancias en que se desarrolló la acción atribuida al encausado, el hecho es insignificante frente a la protección del bien jurídico que tutela la norma penal comentada. El hecho atribuido al encausado no contiene los elementos que requiere la tipicidad y por este motivo se casa la sentencia, absolviendo de toda pena y responsabilidad a R. M.O.

(S 870-02 de las 16:25 hrs. del 18-10-02 del TCP).

Síntesis del caso

La imputada S.M.M. fue condenada a ocho años de prisión por el delito de proxenetismo agravado. Contra la sentencia, la defensa interpuso un recurso de casación. En el tercer motivo argumentó que para resolver el caso, fue utilizada prueba ilegal, pues la solicitud de intervención telefónica formulada por la Fiscalía, se encontraba basada en hechos anteriores a la reforma operada mediante la Ley N.º 8200 del 3 de enero de 2002, la cual amplió al proxenetismo agravado, las hipótesis a las que resultaban aplicables la intervención de las comunicaciones y el registro de documentos.

¿En su criterio, podía utilizarse la intervención telefónica para acreditar hechos sucedidos con anterioridad a la reforma? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

[...] como es visible, el punto fuerte de este motivo radica en la presunta aplicación retroactiva de la ley. Específicamente de la reforma legal a la ley 7425, operada mediante la 8238, del 26 de marzo de 2002, publicada en La Gaceta N° 74 de ese mismo año, y no 8200, del 3 de enero del 2003 (como erróneamente dicen los recurrentes), que amplió las posibilidades de intervención de las comunicaciones también al proxenetismo agravado. Acerca del tema, en el voto 410, de las 9:40 horas del 9 de abril de 1999, la Sala había indicado que: “En punto a la aplicación retroactiva de la ley, la garantía constitucional es que «A ninguna Ley se le dará efecto retroactivo

en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas» (artículo 34 de la Constitución Política). Diferente es la hipótesis de una ley cuya aplicación retroactiva pudiera ser beneficiosa para el reo, la cual no está expresamente señalada en nuestra Constitución Política sino que consta en el artículo 12 del Código Penal: «Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquel se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue». Sin embargo resulta claro que en la última norma -en tanto forma parte de las disposiciones generales del Código Penal relativas a la aplicación de la ley penal-, se entiende que esa “ley posterior a la comisión del hecho punible” es de naturaleza sustantiva, no procesal, lo cual queda evidenciado en la circunstancia de que precisamente el caso de que correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal más benigna constituye literalmente una de las causales de Revisión del anterior código procedimental (cfr. artículo 490 inciso 5º del Código de Procedimientos Penales).” En consecuencia, queda claro que la irretroactividad de las leyes es en cuanto a la resolución de hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia (a no ser que resulte favorable al reo); no en cuanto al procedimiento que se deba observar para dilucidar el caso, en la cual regirán las reglas o normas vigentes al momento en que deba cumplirse el acto procesal, con independencia del momento en que sucedió el hecho investigado. Siendo así, es irrelevante que cuando empezaron a suceder los hechos sancionados, la ley especial no previera el proxenetismo agravado como un delito de los que permite la intervención de las comunicaciones, si es que al momento en que estas fueron ordenadas, sí cabía hacerlo de acuerdo con aquella; en consecuencia ninguna ilegalidad se cometió al realizar las intervenciones aludidas en el reclamo y procede declarar sin lugar el recurso.

(S 723-05 de las 9:05 hrs. del 1-07-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, el cual condenó a su defendido por el delito de tráfico de drogas. Argumenta que las intervenciones

telefónicas fueron ordenadas y ejecutadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones, N.º 7425.

No obstante, la norma que autorizaba esa actuación policial fue derogada mediante la Ley N.º 8200 del 4 de enero de 2002, al eliminar la posibilidad de la intervención telefónica para los delitos de tráfico nacional, dejando solo vigente dicha prueba para la investigación de tráfico internacional. Sin embargo, esta nueva norma fue a su vez reformada con posterioridad por la Ley N.º 8238 del 18 de abril del 2002 (donde se autorizó la intervención para perseguir delitos de tráfico nacional de drogas). No era posible introducir como prueba lícita, lo que inicialmente pudo haber sido válido y por causa sobreviniente ya no estaba autorizado por el legislador.

En apoyo de su reclamo, la recurrente citó varios votos de la Sala Constitucional, en donde se ha tratado el tema de la ley penal posterior más favorable como elemento integrante del debido proceso.

¿Valoraría usted en este caso la aplicación de la ley penal más favorable? ¿Cómo contestaría la audiencia de casación?

Decisión del tribunal

El tema que se propone en el presente motivo no resulta novedoso, pues al respecto la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar que la reforma que se introdujo al artículo 9 de la Ley de registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de comunicaciones, no tuvo la virtud de tornar automáticamente en ilegítimas las actuaciones que pudieron haberse cumplido al amparo del texto que incorporaba dicho artículo antes de esa reforma: “[...] el Defensor Público del encartado [...] acusa el quebranto del debido proceso. En concreto, señala que en la especie se irrespetaron el principio de irretroactividad de la ley y el deber de aplicar la ley penal más favorable. Considera que el material proveniente de las intervenciones telefónicas realizadas con ocasión de esta causa no podía ser considerado por el órgano juzgador. Ello por cuanto el artículo 9 de la Ley N° 7425 de registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones fue

reformado mediante Ley N° 8200 de 6 de diciembre de 2001, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 3 de 4 de enero de 2002. Al efectuarse dicha reforma –sostiene la recurrente– se eliminó la autorización hasta entonces existente de realizar intervenciones telefónicas en asuntos de narcotráfico local, quedando subsistente tal posibilidad solo cuando se tratase de delitos con carácter internacional de dirigir o formar parte de organizaciones internacionales dedicadas al tráfico de drogas. Estima que esta versión reformada del artículo 9 de comentario es más beneficiosa para los intereses de su defendido y debió aplicarse, pues era la norma vigente a la fecha en que se efectuó el debate relacionado con la presente causa. **El reclamo no es de recibo:** La Ley de registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (N° 7425 de 9 de agosto de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 171 de 8 de septiembre de 1994) encuentra su razón de ser en el artículo 24 de la Constitución Política. Luego de establecer como premisa que toda persona tiene derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones, el constituyente determinó que hay supuestos excepcionales en los que dichos derechos ceden ante la necesidad de esclarecer delitos muy calificados. De conformidad con el texto constitucional, cuando se esté ante estos casos especiales, los Tribunales de Justicia podrán autorizar que se adopte esta medida extraordinaria de investigación. Esto último es importante destacarlo porque permite apreciar con toda claridad el carácter procedimental de esta ley. Las intervenciones telefónicas no son figuras penales, pues ellas no sirven de parámetro típico para determinar si una conducta es delictiva o no. Son herramientas de investigación, que son útiles para superar el fuero de la intimidad personal y así buscar elementos que permitan esclarecer si una persona ha cometido un delito o no. Lo anterior encuentra respaldo en la misma ley, cuyo articulado contiene nada más que la regulación de los casos en que procede –entre otros- intervenir comunicaciones y la forma como ha de autorizarse tal cosa, todo bajo el supuesto de que la medida sea indispensable para determinar la verdad en torno a la comisión de un delito. Precisamente por su naturaleza procedimental, la Ley N° 7425 y sus reformas no puede aplicarse retroactivamente. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional es evidente que la ley previa que permite condenar penalmente a una persona es aquella que define una conducta

específica como delictiva (artículo 39). En el mismo sentido se han elaborado instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos. En el artículo 9 de esta Convención se aprecia que nadie puede ser sancionado en sede penal si la conducta no había sido definida previamente como delito. Se agrega que no es posible imponer una sanción más grave que la vigente al momento en que se comete el ilícito. Además, se prevé la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal, cuando el nuevo texto legal —emitido luego de que se cometió el delito— contemple una pena más leve, de lo cual ha de beneficiarse el “delincuente”. Asimismo, en el artículo 15 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se regula la materia casi de idéntica forma a como lo hace la Convención. Así, se indica que ninguna persona puede ser condenada por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueren constitutivos de delito. Se prohíbe imponer una pena más grave que la aplicable al momento de comisión del ilícito. También se habla de la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal, si con posterioridad al momento en que se cometió el delito, se dicta un nuevo texto legal en el que se contempla una pena más leve. Como se puede apreciar, los casos en que el derecho internacional de los derechos humanos permite la aplicación retroactiva de la ley penal están referidos a supuestos en que ha determinarse la adecuación de una conducta a una figura delictiva, pues solo en relación con ese problema es posible discutir si se tiene por configurado un delito o la pena aplicable al mismo. Lo anterior permite afirmar que la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta sea más favorable al reo no está referida a disposiciones procesales, sino a las sustanciales. Esto último lo reafirma el legislador costarricense, el cual trata el problema de la ley penal más favorable como un aspecto de derecho sustantivo. Tan es así que lo regula en el Código Penal (artículos 12 y 13), en los que se habla con toda claridad de “hecho punible” y de “condena”, lo que evidencia que se trata de la adecuación de una conducta al tipo penal y la correspondiente sanción. Esto se refuerza al apreciar la forma como el mismo legislador ha previsto la posibilidad de que en sede de revisión se discuta la aplicación de la ley penal más favorable. Si se aprecia el artículo 408 inciso e) del Código Procesal Penal, podrá observarse que se prevé como causal de una demanda revisoria el que “el hecho cometido se encuadre en una

norma más favorable”. Si se habla de un hecho que se comete, es evidente que no se trata de una actuación procesal, sino de un delito, que es lo único que puede catalogarse como “cometido” y es susceptible de ser “encontrado” o subsumido en una norma. De allí que el problema de la existencia de una ley penal más favorable está reservado al derecho sustantivo y no abarca el tema de la vigencia de disposiciones procedimentales. **De conformidad con lo anterior, considera esta Sala que las actuaciones procesales, incluidas las realizadas durante la fase de investigación, se rigen únicamente por la ley vigente al momento en que se llevaron a cabo; solo partiendo de ese parámetro normativo puede determinarse si resultan conformes al ordenamiento jurídico o no.** En el caso concreto, resulta que las intervenciones telefónicas que inquietan a la impugnante se ordenaron mediante resolución de las 8:20 horas del 30 de enero de 2001 (ver folio 179) y la autorización fue levantada el 14 de marzo de ese año (ver folio 191). En aquel entonces, el artículo 9 de la Ley N° 7425 disponía en su párrafo primero: “Los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de cualquier otro tipo, dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: el secuestro extorsivo y los previstos en la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas.” (El subrayado no es del original) De lo transcrito se puede apreciar con toda claridad que este tipo de medida se adopta como parte de una investigación con la que se pretende averiguar si alguna persona debe ser llevada a juicio como presunta responsable de haber cometido un delito. En esa tesitura, se trata de una norma procedimental, con respecto a la cual –por lo expuesto supra- no es viable discutir si fue desplazada por otra posterior que el reo considere más beneficiosa. Además, salta a la vista que en ese artículo se permite autorizar intervenciones telefónicas cuando se investigan delitos relacionados con el narcotráfico, tanto a nivel local como internacional. Por ello, basándose la presente causa en los delitos de posesión y venta de droga previstos en la legislación mencionada al final del párrafo transcrito, considerándose también que las intervenciones se dieron cuando regía ese artículo 9 de la Ley N° 7425, estima esta Sala que no se quebranta el debido proceso por avalar esas actuaciones con base en las disposiciones vigentes

cuando se llevaron a cabo, pues esa es la única normativa que deviene útil para determinar la legalidad de esos actos procesales. En virtud de lo expuesto, es intrascendente que después de haberse intervenido los teléfonos que aquí interesan, el legislador haya modificado el artículo 9 de la Ley de registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, pues la reforma introducida mediante la Ley N° 8200 ya citada (que fue a su vez afectada por una nueva reforma efectuada por la Ley N° 8238 de 26 de marzo de 2002, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 74 de 18 de abril de 2002) no puede ser retrotraída –por ser una norma procesal- y aplicada a actos cumplidos al amparo de legislación que los permitía [...]", (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 883-2002, de las 15:45 hrs. del 12 de septiembre de 2002). Así las cosas, es claro que las actuaciones que en este caso se cuestionan estuvieron amparadas válidamente en una norma procesal que estaba en vigencia para el momento en que se cumplieron, de donde la posterior reforma de ésta en ninguna manera podría –retroactivamente– venir a convertirlas en ilegítimas. Por estas razones, se declara sin lugar el alegato.

(S 257-03 de las 11: 20 hrs. del 25-04-2003 de la STC).

Síntesis del caso

Se presentó un recurso de casación por el fundamento ilegítimo de la pena, por cuanto se le impuso al encartado la sanción de siete años de prisión por el delito de robo agravado, a pesar de que el mínimo de la pena era de cinco años, debido a los antecedentes delictivos y por no haber demostrado arrepentimiento durante el juicio.

¿Estima que podría agravarse la pena en consideración únicamente a los antecedentes del imputado? ¿La falta de arrepentimiento puede constituir un elemento para agravar la pena?

Decisión del tribunal

Si bien resulta ser cierto, la reincidencia figura como una condición personal del sujeto activo, que puede ser tomada en cuenta eventualmente

a la hora de determinar la pena (en ese sentido, ver votos # 144, de las 9:20 horas del 4 de marzo de 2005; # 295, de las 10:50 horas del 26 de marzo de 2004; y # 985, de las 8:35 horas del 12 de octubre de 2001), no resulta suficiente en este caso, por sí sola, para imponerle al encartado el tanto de siete años de prisión (o sea, dos años por encima del mínimo contemplado para el ilícito de robo agravado), pues tal aspecto debió ponderarse en relación con el juicio de culpabilidad emitido en la acción ilícita concreta. En ese rumbo, se observa que el pronunciamiento es omiso en cuanto a las condiciones personales del encartado, por ejemplo, a su edad, ocupación y si tenía o no obligaciones familiares, ni se indica cómo, con el monto establecido, se lograría obtener un efecto positivo en el ámbito social y personal de Vallejos Arias. Por otra parte, el segundo argumento utilizado por el a-quo para justificar los siete años de prisión, como se indicó, consistió en que el encartado no mostró arrepentimiento alguno. Se consignó en el fallo que: “[...] Esta circunstancia se constató en la audiencia, en la que el imputado afirmó repetidamente que es inocente de este delito, ello pese a que ya fue juzgado y encontrado culpable por el mismo. Evidentemente el imputado no está obligado a auto incriminarse, pero también es cierto que negar su culpabilidad en el delito pese a haberse acreditado la misma en un proceso penal conforme a derecho, es significativo que no existe ningún arrepentimiento de su parte, ni mucho menos ha interiorizado el daño que causó a la sociedad y al ofendido con su delito.” (Ver folio 991). En este sentido, se ha dicho de manera reiterada, que el arrepentimiento, podría eventualmente valorarse de manera positiva para el enjuiciado, pero nunca para hacer más rigurosa la pena, como sucedió en este caso, ya que con ese proceder se vulneran el derecho de defensa y la garantía constitucional de abstenerse de declarar contra sí mismo. Por lo expuesto, y siendo evidente el vicio que se presenta en torno a la fundamentación de la pena impuesta a Vallejos Arias, se acoge el recurso interpuesto por el abogado Eduardo Jiménez Araya. Se anula parcialmente el fallo en este extremo y se ordena el reenvío de la causa al Tribunal de origen para que –bajo una nueva integración de sus miembros–, se proceda conforme a derecho en cuanto a este punto.

(S 1241 de las 16:30 hrs. del 26-10-2005 de la STC).

Síntesis del caso

El Tribunal Penal de Juicio de la zona sur, sede Pérez Zeledón, declaró al imputado autor responsable del delito de robo agravado y, en tal carácter, le impuso la sanción de seis años de prisión. La defensa del imputado interpuso un recurso de casación y, en el segundo motivo del recurso de casación, alegó falta de fundamento del monto de la pena impuesta. Señaló que el tribunal fundamentó la pena, tomando en cuenta *“la existencia de un juzgamiento anterior correspondiente a un delito contra la propiedad en grado de tentativa, las circunstancias en las cuales fue cometido el robo, sea por medio de la ruptura de un vidrio de la vivienda aprovechando que esta se encontraba desocupada, y que el hecho sucede en una zona campesina”*. Consideró que la mayoría de esos elementos formaban parte del tipo penal, por lo cual no pueden tomarse en cuenta para determinar la pena. Añadió que los antecedentes penales no pueden utilizarse para determinar la pena, pues se estaría aplicando un derecho penal de autor.

¿Se pueden valorar válidamente los antecedentes del imputado para la individualización de la pena?

Decisión del tribunal

Contrario a lo afirmado por la recurrente, la existencia de antecedentes penales puede utilizarse para fundamentar la pena. Esta Sala ha indicado que: “Sin lugar a dudas, ello se desprende sobre todo en lo que a la pena se refiere, de lo preceptuado por el artículo 71 del Código sustantivo, que en cada aparte hace una referencia inequívoca a aquella ocasión. Así, los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o el peligro, las circunstancias de modo tiempo y lugar (del suceso), la calidad de los motivos determinantes (de la acción delictiva) y las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo en la medida en que hayan influido en la comisión del ilícito, deben verificarse en el momento en que éste tuvo lugar. Fuera de esa oportunidad, el Juzgador solo puede considerar la conducta del agente posterior al delito (artículo 71 citado, inciso f). Además, no existe impedimento legal, ni constitucional alguno, para fundamentar accesoriamamente la extensión de la pena en la existencia de condenas previas; antes bien, como queda expuesto, esto constituye un elemento subjetivo a ponderar por el Juzgador, en la medida en que

se trata de una condición personal del sujeto activo que influye en la comisión del delito -ibidem, inciso c-" (SALA TERCERA, No. 1309 de las 10:15 del 15 de octubre de 1999). No solamente la legislación se refiere a la utilización de elementos de juicio derivados de la conducta del agente anterior al delito. La doctrina ha establecido además, que la valoración de circunstancias anteriores al delito, entre ellas la ausencia –o existencia- de antecedentes penales, forma parte del cometido de prevención especial positiva asociado a la pena (VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 2ª. Ed., 2004, p. 573). Además, el Tribunal utiliza una serie de argumentos no descritos por la recurrente, referidos no ya a la personalidad del partícipe, sino a la magnitud del daño causado. Al respecto el Tribunal indicó que “para una familia de escasos recursos como la aquí afectada, una sustracción por un monto de cuatrocientos mil colones [...] y por los bienes aquí sustraídos, tiene consecuencias en la economía familiar” (Ver folio 93). Además de referirse al monto de lo sustraído, la sentencia analizó las significaciones particulares que para las víctimas tuvo el hecho delictivo, asociadas a un daño que trasciende lo meramente económico: “A raíz de este hecho los moradores de la casa decidieron irse de esta, dada la incertidumbre, inseguridad, desasosiego, temor, o miedo en que quedó doña Leidy Vega Méndez y posiblemente con ella el resto de los moradores de esa vivienda” (ver folio 93). Además de tomar en cuenta la magnitud del daño y la personalidad del partícipe, el Tribunal analizó las circunstancias de modo tiempo y lugar de comisión del hecho punible, entre ellas, el hecho de que el imputado se haya aprovechado de la vulnerabilidad de las víctimas: “la pena se le impone en el extremo indicado por aprovecharse de la vulnerabilidad e inseguridad a que están expuestos nuestros campesinos” (ver folio 93). Por lo anterior, en criterio de esta Sala, los argumentos utilizados por el Tribunal para fijar la pena en seis años de prisión –un año por encima del mínimo–, se ajustan a lo dispuesto en el artículo 71 del Código Penal.

(S 1150-05 de las 9:40 hrs. del 10-10-2005 de la STC).

Síntesis del caso

En el segundo motivo del recurso de casación, se alega falta de fundamento de la pena. Estima el recurrente que el tribunal le impuso la sanción de catorce años, en vez de imponer la pena mínima que es de doce años, y argumenta que el imputado es extranjero. Estima que este argumento es inconstitucional y discriminatorio, por lo que solicita la nulidad de la sentencia en cuanto a la pena, así como la reposición del juicio oral. El tribunal sentenciador justifica el monto de la pena impuesto de la siguiente manera:

[...] debe condenarse al encartado por el delito de homicidio simple, imponiéndole el tanto de catorce años de prisión, tomando en consideración para fijar la misma como agravantes, que el encartado es extranjero y este país le ha abierto las puertas a las personas que quieran ser útiles a la sociedad y no a las que vengan a abusar de nuestra hospitalidad. Asimismo el hecho ocurre de noche, en la vía pública, y el encartado luego de sucedido este asunto huyó del sitio, cuando fueron a entrevistarlo vuelva a huir del sitio, con lo cual no merece la pena mínima

¿Cree que resulta válido el sustento que otorga el tribunal para imponer la pena? ¿Será adecuado a un derecho penal de culpabilidad?

Decisión del tribunal

Las razones por las cuales se escogió el monto de catorce años, según el criterio del Tribunal, son las siguientes: a) Que el imputado es extranjero, b) que el hecho ocurrió de noche, c) que se dio en la vía pública, d), que el encartado se fue del lugar del hecho, y d) cuando fueron a buscar al justiciable, huyó. La nacionalidad no está concebida como una agravante en la comisión de delitos, como erróneamente lo afirma el Tribunal. El artículo 19 de la Constitución Política reza: “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”. Además, el artículo 33 establece: “Toda

persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Por otro lado, el artículo 71 del Código Penal, que debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales arriba indicados, establece: “ARTÍCULO 71.- El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) La importancia de la lesión o del peligro; c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) La calidad de los motivos determinantes; e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez”. Dentro de las condiciones personales del sujeto activo no puede tomarse en cuenta la nacionalidad, pues esta interpretación rozaría con los principios constitucionales indicados. Mucho menos tiene cabida la afirmación del tribunal en el sentido de que: “este país le ha abierto las puertas a las personas que quieran ser útiles a la sociedad y no a las que vengan a abusar de nuestra hospitalidad”. Este comentario deja entrever que se le aumentó el monto de la pena a imponer por el simple hecho de tratarse de un extranjero, ya que si el delito lo hubiera cometido un nacional, no podría justificarse la pena de esa manera. Tal proceder resulta ilegal y discriminatorio. En cuanto al argumento de que los hechos ocurrieron de noche y en la vía pública, aunque encuadraría dentro del inciso c del artículo 71 que incluye dentro de los parámetros para determinación de la pena “las circunstancias de modo, tiempo y lugar”, estas circunstancias por sí mismas no pueden fundamentar determinado monto de pena; a menos que el tribunal fundamente por qué razón considera que es más grave un hecho cometido de noche que de día, o por qué razón estima que un hecho cometido en la vía pública es más reprochable que uno cometido en un lugar deshabitado. Finalmente, en cuanto a la tesis de que el imputado huyó del lugar luego de cometer el hecho, esto tampoco puede utilizarse como un fundamento legítimo del monto de

la pena a imponer. Este razonamiento llevado al extremo, impondría la obligación a todos los imputados de permanecer en el lugar del delito, lo cual atentaría contra el derecho a no autoincriminarse consagrado en el artículo 36 constitucional que establece: “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”. Por esta razón, además de violentar el principio de lesividad, fue declarado inconstitucional el artículo 330 del Código Penal que estipulaba el delito de abandono del lugar del accidente (ver: Sala Constitucional, No. 525-93). Ante los gruesos defectos de fundamentación de la pena hallados en la sentencia, lo procedente es su anulación parcial en cuanto al monto de la pena impuesta, debiendo reponerse el juicio oral con una nueva integración del tribunal, únicamente para discutir el monto de la pena a imponer.

(S 1148 de las 9:30 hrs. del 10-10-05 de la STC).

Síntesis del caso

La apoderada especial judicial de la actora civil interpone un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado por el delito de Infracción a la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, en su modalidad de contaminación de aguas. Señala que en juicio llegó a acreditarse que su representada colinda con la finca del inculpatado, en la que existe una industria porcicultora y, que el día 22 de mayo de 1988, esta observó que de la finca del imputado discurrían unas aguas hacia su propiedad, en la zona de un bosque secundario, las cuales tenían mal olor y se iban por la propiedad hasta desembocar en forma de catarata en el Río Tercero de Grecia. Agrega que el no tener por acreditado que el imputado en forma directa o intencional vertiera las aguas de su porqueriza, abriendo compuertas para que discurrieran por la finca de la ofendida, no es la conducta que prevé el artículo 132 citado (de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre) que no establece responsabilidad de dolo directo, al señalar que quienes incumplan con lo estipulado en este artículo serán sancionados con multas de cincuenta a cien mil colones, convertibles en prisión de uno a dos años, refiriéndose a un delito de comisión por omisión, impuesto a los dueños. En este caso, el imputado M. G. es el garante de los bienes jurídicos de los otros, por lo que no es necesario que al imputado se le hubiera visto abriendo compuertas para verter las aguas contaminadas en la finca de su representada.

Por tanto, pide que se imponga la sanción correspondiente al imputado, artículo 132 de la citada ley, para que su representada establezca, en la vía correspondiente, los montos de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

¿Cómo contestaría la audiencia ante casación? ¿Considera que en este caso se podía acreditar la responsabilidad del imputado?

Decisión del tribunal

*En realidad la recurrente, aunque no lo precisa en forma clara, se refiere a dos situaciones, una, que se tuvo por demostrado que la ofendida “OBSERVO” que de la finca del imputado discurrían aguas hacia su propiedad, que tenían mal olor y desembocaban en el Río Tercero de Grecia. Lo que en criterio de la recurrente ubicaría los hechos en el numeral 132 de la ley que nos ocupa, en cuanto a que sanciona el arrojar aguas y sustancias contaminantes en ríos o quebradas. Y otra, que al tenerse por demostrado que el imputado lo que tenía en su finca era un sistema artesanal, empírico de tratamiento de aguas, incurre en la sanción que contempla el artículo para los propietarios que no cumplen con tener un sistema adecuado, no importando en este caso, que no fuera el imputado quien vertiera las aguas contaminantes intencionalmente, pues la conducta a sancionada es de comisión por omisión, respondiendo el dueño como garante. **En cuanto a lo primero, basta señalar que, tal y como la misma recurrente lo resalta, lo que se tuvo por acreditado es que la ofendida observó aguas, con mal olor, que discurrían de la finca del imputado hacia la de ella, y que iban a desembocar a una quebrada, aún cuando se asumiera que bastaría para decir que se contaminaban las aguas, tal acción no constituye la de arrojar aguas, desechos o cualquier sustancia, que es la que sanciona el párrafo primero del artículo 132 de la Ley de Protección de la Vida Silvestre, al disponer: “Se prohíbe arrojar aguas servidas, aguas negras, desechos o cualquier sustancia contaminante en manantiales, ríos, quebradas, arroyos permanentes o no permanentes, lagos, marismas y embalses naturales o artificiales, esteros, turberas, pantanos, aguas dulces, y salobres o saladas [...]” Con lo que claramente se sanciona a cualquiera que realice la acción de arrojar [...], a título de dolo directo. De modo que al no haberse***

acreditado que el encartado lanzara las sustancias de mal olor que fueron a dar a la propiedad de la ofendida y luego a la quebrada, que fue lo imputado, no podría ser sancionado por tal conducta, aún cuando las sustancias fuesen contaminantes.(El destacado no es del original).

(S 1040-01 de las 10:55 hrs. del 14-12-01 del TCP).

TEMA 2. EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA

El derecho general a la justicia constituye un presupuesto o condición general previa, propia de la concepción de la Administración de Justicia en un Estado democrático de derecho, sin el cual, ninguna de las garantías integrantes del debido proceso puede hacerse efectiva.

Por tanto, su afectación constituye en sí misma una grave vulneración al debido proceso. La garantía se traduce en la existencia y disponibilidad de un sistema de Administración de Justicia: un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos que genera la vida social en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Específicamente en el área del proceso penal, debido a que el Estado tiene el monopolio de la fuerza, debe proveerse tanto a las personas individualmente consideradas, como a los grupos de estas, de los mecanismos que les permitan acceder al sistema judicial y obtener una respuesta que, en principio e idealmente, constituya una solución al conflicto planteado. De esta manera, nos interesa tratar dentro de este tema, específicamente el acceso a la justicia, así como los derechos de la víctima y la función que le corresponde asumir al Ministerio Público dentro del sistema procesal.

2.1 ACCESO A LA JUSTICIA

La jurisdicción es un vocablo acuñado sobre la base del derecho romano y precisamente es la traducción del término latino “*iurisdictio*”, palabra derivada de “*ius dicere*” que significa decir o declarar el derecho.

El profesor Mauro Cappelletti, citado por el doctor Walter Antillón,²⁴ define la función jurisdiccional como la que se realiza por instancia de un sujeto distinto del titular, en la que este actúa desde una posición de supremacía, frente a las partes

24 Antillón, Walter. Teoría del Proceso Jurisdiccional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001, pp. 170-171.

del conflicto y en la que ese mismo titular (el juez) es institucionalmente un tercero con respecto a los intereses de las partes en conflicto. Las características de la función jurisdiccional son la unidad y exclusividad y la independencia del juez es consustancial a estas.

Estos conceptos son recogidos por nuestra Constitución Política en los artículos 152, 153 y 155. El artículo 152 establece la exclusividad de los jueces (Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que establezca la ley) para ejercer esa potestad jurídica denominada “Poder Judicial”. Mientras que el artículo 153 atribuye a dichos jueces (a los que designa globalmente con el nombre de “Poder Judicial”) el conocimiento de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativas, así como de las otras que establezca la ley, según sean su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan, la decisión de las mismas y la ejecución de dicha decisión, con la ayuda de la Fuerza Pública, si fuera necesario²⁵.

Actualmente se entiende que el ejercicio de la función jurisdiccional, más que un poder, es un servicio que el funcionario público debe prestar a los ciudadanos, en virtud de una competencia atribuida por la Constitución y las leyes, y a partir de un nombramiento basado en criterios de idoneidad y capacidad comprobada.

Como correlativo a la jurisdicción, se sitúa el derecho a la acción que, en su sentido técnico jurídico, proviene de la voz latina “*actio*” y en la Roma antigua significaba el título que legitimaba a una persona para plantear ante el pretor sus pretensiones con respecto a un conflicto determinado subjetiva y objetivamente. Consiste en el derecho que tiene toda persona para dirigirse al juez para que este, una vez oída la parte contraria y tramitado el proceso, se pronuncie acerca de la pretensión de tutela jurídica que aquella persona tiene. Debe entenderse el derecho de toda persona que ha sufrido una lesión o puesta en peligro de un bien

25 De la integración de las anteriores normas con lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 5 y 165), el profesor Walter Antillón construye una descripción de la jurisdicción en el derecho positivo costarricense, señalando que es “[...] un poder atribuido solo y exclusivamente a los jueces que componen el sistema judicial; que éstos ejercitan, por lo general, a petición de parte interesada, y que consiste en conocer, tramitar (de acuerdo con las reglas de la competencia) y decidir (aplicando para ello las normas y principios materiales vigentes, escritos y no escritos), en posición de terceridad, los conflictos interpersonales de carácter civil y comercial, penal y penal juvenil, familiar, laboral, agrario, constitucional y contencioso administrativo sometidos a su conocimiento, y ejecutar lo resuelto, con auxilio de la fuerza pública si fuere necesario”.

penalmente tutelado, a que se investiguen los hechos que originaron la infracción y se determine la responsabilidad de los partícipes.

Como principio general, el derecho de acceso a la justicia se encuentra establecido en los artículos 41 y 27 de la Constitución Política²⁶. Estima la Sala Constitucional, citando a la Corte Plena, que del artículo 41 se deriva la exigencia de que las leyes se orienten a procurar la tutela de los derechos lesionados en un doble sentido: mediante normas que regulen o amparen el derecho de cada uno y a través de la instauración de los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y que los tribunales lo otorguen, si resultara comprobado el agravio. Así tanto los jueces como el legislador pueden quebrantar el derecho de acceso a la justicia; los primeros, cuando deniegan una petición que debió concederse o dictan un fallo sin motivo alguno; y los segundos, cuando establezcan obstáculos procesales irrazonables o excesivos formalismos que impidan o dificulten el acceso.

(S 5224-94 de las 14:57 hrs. del 13-09-94 de la SC).

De igual modo, el derecho de acceso a la justicia está contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se refiere al derecho que tiene toda persona de ser oída para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y por un tribunal competente, independiente e imparcial. Asimismo, este derecho se presenta en los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El constitucionalismo español denomina a este derecho como “tutela jurisdiccional efectiva”, a partir de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución española, entendido como la posibilidad [...] *de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas*²⁷.

26 “Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

“Artículo 27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

27 González Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Civitas, 1989, 2 edición, p. 27. Citado por Carvajal, Marvin, óp. cit., p. 18.

El concepto implica no solo el no poner barreras al ejercicio de la actuación procesal, sino a toda una implementación de medidas que garanticen una verdadera igualdad de armas, estableciendo procedimientos poco formales, asistencia letrada y gratuita, así como la celeridad del proceso. También se debe garantizar el acceso universal a la justicia para toda persona, independientemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen, condición social, económica, etc.; además, se dispone la prontitud de la justicia, y la duración excesiva del proceso constituye una verdadera lesión a esta garantía.

En el campo particular del proceso penal, el derecho de acceso a la justicia se concreta en el derecho que tiene toda persona física, así como toda persona jurídica y colectiva, sin discriminación de ningún tipo, de plantear ante la autoridad jurisdiccional, ya sea en forma directa, en su condición de querellante o a través del Ministerio Público, los conflictos donde se produce una lesión o puesta en peligro de los diversos bienes jurídicos protegidos en la esfera del derecho penal, a fin de obtener una respuesta mediante un proceso realizado conforme lo establezca la ley y en un plazo razonable.

Se contempla entonces el derecho que tiene toda persona que accede al sistema judicial, a que los órganos competentes estudien su pretensión y emitan una resolución motivada, conforme a derecho, para lo cual deben cumplir con todo un sistema de garantías que implica el acceso a la tutela judicial, la obtención de una sentencia fundada en derecho, la ejecución de la sentencia (lo que supone reponer a la persona en su derecho y compensarlo, si hubiera lugar al resarcimiento por el daño sufrido), y el ejercicio de las facultades y los recursos legalmente previstos (S 01193-95 de las 9:18 hrs. del 3-3-1995 de la SC).

El acceso a la justicia supone el derecho a ser escuchado dentro del proceso, a obtener una respuesta a las peticiones, recursos o gestiones en general, a mantenerse debidamente informado, a que los asuntos se resuelvan con prontitud, a poder tomar decisiones en relación con los derechos o intereses propios, a ser tratado en forma respetuosa, acorde con la dignidad que es inherente a toda persona y a la concepción de la justicia como un servicio público, donde el funcionario se debe a la atención de las personas. También encierra la

obligación de otorgar un trato, según las necesidades de cada quien, atendiendo a condiciones de vulnerabilidad, discriminación social, grado educativo, edad, grupo étnico, etc. En otras palabras, el acceso a la justicia aparea la exigencia de humanización del proceso²⁸.

En el proceso penal, el fiscal junto con la Policía es el primer punto de contacto de las personas con el sistema judicial; así surge la necesidad de que se brinden un trato “humano” y una atención ágil y eficiente. Debe hacerse énfasis en el derecho de información que tiene toda persona que accede a la justicia, tanto respecto de sus derechos como del procedimiento por seguir y posibles opciones de solución al conflicto.

En múltiples casos, la Sala Constitucional se ha referido al derecho de acceso a la justicia en materia penal, vinculándolo con diversos temas, tales como: el derecho a que las causas y las gestiones que en las mismas se realicen se resuelvan en un plazo razonable; además, se debe tener el acceso al expediente, entre otros. A manera de ejemplo, pueden citarse los siguientes casos:

- 1) Se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto contra la Fiscalía por un privado de libertad que envió, vía fax, una solicitud con el objeto de interponer una denuncia formal por abuso de autoridad, y al mes y medio después, no se había resuelto nada al respecto. Indicó en lo que interesa, el tribunal constitucional:

28 Al respecto, señala Juan Marcos Rivero: *“Humanizar en sentido estricto significa crear una justicia con rostro humano. Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, entraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial. El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso Kafkiano. Esta situación puede inducir a muchos a tolerar el agravio sufrido, antes que acudir a los tribunales en procura de una reparación. Ello origina en la población un malestar, en el sentido en que Freud introdujo el término en la literatura científica, es decir, como descontento o insatisfacción con un fenómeno social. El origen de este malestar en la administración de justicia se relaciona con el olvido del factor humano en los procedimientos judiciales. La humanización en sentido estricto es, pues una reacción, en contra de ese olvido. Como ya lo observara Wassermann, es necesario que la justicia se tome más humana, comprensible y accesible.”*

Rivero Sánchez, Juan Marcos. Proceso, democracia y humanización. En: Nuevo Procesal Penal y Constitución, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1998, pp. 64-65.

[...] la Administración de Justicia está obligada a garantizar el respeto a los plazos estipulados en el ordenamiento jurídico para la tramitación y resolución de los diversos asuntos puestos a su conocimiento, pues de lo contrario no solo se transgrede un derecho fundamental de los ciudadanos, sino que se atenta contra uno de los pilares de la democracia, en tanto el sistema pretende que los conflictos que se susciten en la sociedad sean resueltos a través de un procedimiento que garantice los principios de justicia, orden, seguridad y paz social. El artículo 41 de la Constitución Política –antes transcrito-, no ha constitucionalizado un derecho a los plazos, sino el derecho fundamental de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable, lo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y de las autoridades, así como las pautas y márgenes ordinarios de los tipos de procesos.

(S 2005-06685 de las 22:07 hrs. del 31-05-05 de la SC).

- 2) Se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto contra la Fiscalía, por cuanto se denegó a la abogada representante de los actores civiles obtener una fotocopia del expediente, y el fiscal adujo que dicha profesional lo que pretendía era transcribir la contestación a la acción civil, que él había confeccionado en su condición de representante de otro de los actores civiles.

(S 1962-99 de las 14:30 hrs. del 16-03-1999 de la SC).

- 3) Se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto contra la Fiscalía, porque el recurrente presentó un escrito para solicitar que esta se pronunciara sobre la acumulación de un proceso, lo cual no le fue contestado, a pesar de que un mes y medio después presentó un pronto despacho. La sala estimó que la autoridad accionada no resolvió en forma oportuna la solicitud planteada por el recurrente, sino que se limitó a informarle verbalmente las razones legales de la decisión de haber acumulado las causas. Adujo que en realidad la gestión presentada por el recurrente constituía una diligencia dentro del proceso penal tramitado y no una simple solicitud de información, como erróneamente se atendió.

(S 434-06 de las 14:35 hrs. del 25-01-06 de la SC).

- 4) Se interpuso un recurso de amparo contra el fiscal por parte del denunciante en una causa, en razón de que solicitó información del estado en que se encontraba, sin que la misma se le hubiera suministrado. La sala señaló que en virtud de que se trataba de una petición pura y simple, en relación con un asunto de su interés, se debe aplicar el plazo del artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual es de diez días hábiles, ya que en la especie, por haber mediado el cierre general del Poder Judicial de fin de año, aún no había transcurrido, razón por la que se rechazó por el fondo el recurso.

(S 318-06 de las 16:00 hrs. del 24-01-06 de la SC).

- 5) Se interpuso un recurso de amparo contra la Fiscalía por el denunciante en un asunto, quien según señala tenía más de cuatro meses de interpuesto, sin que se hubiera realizado diligencia alguna. En este caso, la sala indicó que no le correspondía a la Jurisdicción Constitucional el control de la duración de los procesos, sino a la legislación ordinaria, a través de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial o mediante queja por retardo de justicia prevista en el artículo 174 del Código Procesal Penal.

En ese sentido, subrayó que el artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que los funcionarios y empleados del Ministerio Público estarán sometidos al régimen disciplinario y laboral que establece esa ley.

Por otra parte, el artículo 192 *ibíd* determina, en su inciso 9, que constituye falta grave el retraso injustificado en el despacho de los asuntos, o en su resolución, cuando no constituye falta más grave.

Además, el Código Procesal Penal, en su artículo 174, contempla la queja por retardo de justicia, inclusive ante el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia o la Inspección Judicial, según corresponda. De esta manera, si se estima que el fiscal no ha concluido la investigación en “un plazo razonable” (artículo 171 Código Procesal Penal), puede, si a bien lo tiene, utilizar esos mecanismos ante las instancias correspondientes, sin perjuicio, claro está, de que pueda acudir ante el juez de la etapa preparatoria a plantear los respectivos reparos, de conformidad con el artículo 277 del Código Procesal Penal, como órgano jurisdiccional responsable de controlar la observancia de los principios y garantías establecidas, a favor de las partes en el proceso.

El legislador no estimó pertinente fijar un plazo para concluir la investigación y se refirió únicamente a un “plazo razonable”, lo cual solo puede determinarse casuísticamente, dadas las vicisitudes que pueden acaecer en el curso de una investigación penal.

(S 8579-04 de las 15:31 hrs. del 10-08-04 de la SC). En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 16418-05; 1116-00; 1202-01; 10464-01 y 11345-01 de la misma sala).

Esta última línea jurisprudencial es seguida en muchas otras resoluciones, donde no se entra a resolver el caso de retardo de justicia por considerarlo ajeno a la competencia de la Sala Constitucional. Sin embargo, en diversas oportunidades, sí ha incursionado en el conocimiento de estos asuntos, como puede verse en los mismos ejemplos que aquí se exponen.

- 6) Se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto contra el fiscal, por cuanto el denunciante en una causa penal se presentó a la Fiscalía a revisar el expediente. No obstante, esto no le fue permitido y se le comunicó que, por orden expresa del fiscal, no tenía derecho por no ser parte.

La denuncia que había interpuesto el recurrente era contra el jefe de la Policía de Tránsito, porque ese funcionario se negaba a anotar las placas de taxis que no utilizaban “la maría” y hacía cobros excesivos a extranjeros.

El fiscal recurrido manifiesta en el informe que, según lo dispuesto en la circular número 14-2003 del Consejo Superior, el denunciante no es parte y, por ello, no se podía dar acceso al expediente. La circular, en lo que interesa señala:

[...] únicamente tendrán acceso a los expedientes judiciales, las personas que son parte en el proceso, los abogados, asistentes de abogados y estudiantes de Derecho debidamente autorizados, de conformidad con lo establecido en las normas procesales según la materia. Asimismo es necesario indicar que el término utilizado “personas interesadas” se refiere a cualquier persona que única y exclusivamente desee consultar y transcribir, (no fotocopiar) la información que contenga el libro de entradas de cada despacho o su equivalente al registro informático.

La sala señaló que al remitir esa directriz a las normas procesales específicas, se debe advertir que en asuntos de naturaleza penal, a la víctima le asistía un particular derecho de examinar el expediente judicial que la afectaba, independientemente de que se hubiera constituido como querellante o actor civil, por lo que resultaba errada la interpretación aplicada por el accionado a la circular, al no permitirle al recurrente, en su condición de víctima, examinar el expediente, sin haberse decretado el secreto de las actuaciones mediante resolución fundada.

(S 1920-04 de las 14:52 hrs. del 25-02-04 de la SC).

De lo expuesto, debe concluirse que el derecho de acceso a la justicia es un derecho de carácter fundamental que se asienta en las bases de un sistema democrático de derecho, donde se pretende la convivencia pacífica que debe reconocerse a todas las partes dentro del proceso. Además tanto los órganos jurisdiccionales como el Ministerio Público, la Policía Judicial, la Defensa Pública y otras oficinas y dependencias del Poder Judicial se encuentran en la obligación de garantizar, en aras de dar solución al conflicto y protección a los bienes jurídicos, a través de las vías legales establecidas.

El fiscal, en el ejercicio de su función, debe tener claro que, a través de sus actuaciones, debe procurar el respeto de ese derecho de las partes, otorgándolo no solo a la víctima del delito, sino también al imputado que se enfrenta al poder del aparato represivo.

2.2 DERECHOS DE LA VÍCTIMA COMO SUJETO EN EL PROCESO PENAL

En el sistema acusatorio privado, la víctima y el imputado solucionaban sus conflictos mediante la composición. Posteriormente, con el advenimiento del Estado y el surgimiento del sistema inquisitivo, se expropió a la víctima del conflicto, al crear la persecución penal pública, convirtiéndola en lo que Julio Maier denomina “*el convidado de piedra del sistema penal*”²⁹. El derecho penal se convirtió en un instrumento de control estatal directo sobre los ciudadanos, y la pena se transformó en el mecanismo de coacción más eficaz en poder del Estado. No interesaba el daño sufrido por la víctima, sino el control de los comportamientos sociales.

29 Maier, Julio. La víctima y el sistema penal. En: “De los delitos y las víctimas”, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, pp.185-258.

Por parte de la criminología, existía una preocupación por entender la etiología del delito y por buscar otros métodos de respuesta al delito y al delincuente. En el derecho penal, el énfasis era puesto en el castigo del delincuente, sin tomar en cuenta la reparación del mal causado a la víctima.

Fue en los años ochenta, cuando empieza a surgir una especial preocupación por el papel de la víctima en el proceso penal, principalmente por parte de la nueva victimología que se preocupa por las necesidades y derechos de las víctimas y su sensibilización. Asimismo, es de gran relevancia la teoría de la prevención general positiva que pretende confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico vulnerado por el delito, específicamente la denominada “integrativa” representada principalmente por Roxin. Este autor ve en la prevención general tendente a la integración, la recomposición de la paz jurídica alterada por el delito, a través del efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción al derecho y da por finalizado el conflicto con el autor³⁰.

Toda esta nueva corriente de pensamiento se traduce en múltiples reformas legislativas, donde se opta por una redefinición del papel de la víctima en el proceso penal.

Específicamente, en Costa Rica, el Código Procesal Penal que nos rige parte de una filosofía que pretende, entre otros aspectos, devolverle a la víctima del delito su papel protagónico dentro del proceso penal, en virtud de la expropiación de derechos que sufría en el sistema anterior, donde únicamente podía intervenir, si se constituía como actor civil o en los delitos de acción privada.

La víctima ni siquiera era considerada como tal; su participación se reducía a presentar la denuncia y a tener que ir a declarar tantas veces como fuera citada: ante la Policía, la agencia fiscal, el juzgado de instrucción, el tribunal de juicio con el costo que ello significaba y sin que al final entendiera en qué forma se había resuelto el caso. Tampoco tenía acceso a ninguna solución alterna del conflicto, pues la única opción posible era la imposición de la sanción. Su relación con el fiscal era distante y no tenía información alguna acerca de la tramitación del proceso.

30 Al respecto, puede consultarse el artículo de Roxin, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: “De los delitos y las víctimas”, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992, p. 149.

En el diseño actual del Código Procesal, se concibe a la víctima como un sujeto procesal más, al lado del acusado y del Ministerio Público, garantizándosele una amplia participación desde el inicio del proceso hasta su finalización, independientemente de que se constituya en querellante o actor civil. Por ello se afirma que el sistema penal nuestro es marcadamente acusatorio, y se proclama como uno de los fines del proceso la solución del conflicto entre las partes, pretendiendo con ello restaurar la armonía social.

Si bien es cierto, la Constitución Política no hace alusión directa a las víctimas del delito, sí establece en el artículo 41, el derecho general de acceso a la justicia y se deriva de allí la obligación del Estado de intervenir para garantizar la tutela judicial de sus derechos e intereses.

En el marco del derecho internacional, el énfasis históricamente fue puesto en la protección de los derechos del imputado frente al Estado. No obstante, más recientemente, también ha operado una preocupación por las víctimas del proceso, y se ha emitido –entre otras– la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 29 de noviembre de 1985. Se establece en esta Declaración el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, debiendo crearse mecanismos de acceso a la justicia y a la reparación del daño. También alude a la necesidad de garantizar el derecho de la información y a evitar una revictimización. Asimismo, se aprobó el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, suscrito por el Consejo de Europa, el 24 de noviembre de 1983.

El artículo 70 del Código Procesal Penal contiene una definición amplia de víctima considerando como tal, al directamente ofendido por el delito, al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. Es muy importante porque incluye además a los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan, así como a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

El artículo 71 del Código Procesal Penal establece que aunque no se haya constituido en querellante, la víctima tendrá derecho a: intervenir en el procedimiento, conforme se establece en el código; ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido, y apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

Además deberá informarse a la víctima sobre sus derechos, cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento. Algunas de las formas de intervención son: solicitar, en los casos en que proceda, la conversión de la acción pública en privada (artículo 20); convenir sobre la petición de suspensión del procedimiento a prueba (artículo 25); delegar la acción civil en el Ministerio Público (artículo 39); la facultad de denunciar y de instar (artículos 17, 18 y 278); solicitar y obtener la pronta devolución de los objetos secuestrados (artículo 200); la protección mediante medidas cautelares a cargo del agresor (artículos 244, 248 y 249); objetar ante el tribunal el archivo fiscal de las actuaciones, ofreciendo pruebas que permitan individualizar al imputado (artículo 298); controlar la conclusión del procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público (artículo 300); conocer la acusación antes de que el Ministerio Público la presente ante el tribunal correspondiente (artículo 306); solicitar, asistir y participar en la audiencia de conciliación (artículos 36 y 318); exponer sobre los hechos en la clausura del debate (artículo 358); manifestar su criterio no vinculante en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado (artículo 374); instar al Ministerio Público a que interponga los recursos que sean pertinentes (artículo 426); derecho al auxilio judicial previo en delitos de acción privada (artículo 381); derecho a la privacidad en las audiencias públicas cuando se le afecten el pudor, la vida privada y otros (artículo 330 incisos a) y e).

Si el ofendido se constituye en querellante o actor civil, tiene además derecho a ofrecer prueba para el juicio (artículo 304); desistir de la acción o de su participación como querellante en cualquier estado del proceso y conciliarse (artículos 78, 79, 383, 386); manifestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 373); dar lectura a la querrela en el juicio y ampliar la acusación (artículos 341 y 347); interrogar al imputado y a los testigos en la etapa de debate (artículos 343 y 351); derecho de impugnación en general³¹.

31 Así sistematizado por Arias Núñez, Carlos y Jiménez Vásquez, Carlos María. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, pp. 234-235, 1996.

En cuanto a la relación de la víctima con el fiscal, esta debe ser una relación cercana de comunicación fluida, clara y directa. El fiscal tiene la obligación de informarle a esta, desde el inicio del proceso o desde su primera intervención, sobre sus derechos y deberes: su obligación de presentarse a declarar, así como el derecho de abstención en los casos en que proceda; su derecho a señalar el lugar para notificarle las resoluciones que afecten el desarrollo del proceso; su derecho a impugnar las resoluciones que desestimen o extingan la acción penal; su derecho a constituirse como querellante activo o adhesivo del Ministerio Público y a ejercitar la acción civil en sede penal o, bien, delegarla en el Ministerio Público.

La víctima tiene derecho a exigir transparencia en la actuación del fiscal, a que se le mantenga informada sobre el avance de las investigaciones, a tener acceso al expediente –a menos que se hubiera decretado el secreto de las actuaciones– y a que le sean atendidas y resueltas sus gestiones en un plazo razonable.

Tiene derecho, además, a que se le otorgue un trato acorde con sus condiciones particulares, razón por la cual se han de establecer reglas diferenciadas de atención, dependiendo de si se trata de una víctima menor de edad, de violencia intrafamiliar, de delitos sexuales, etc. Esto no significa que se deba dar un trato privilegiado o discriminatorio, sino uno igual a los iguales y desigual a quienes así lo ameritan³².

32 Un ejemplo lo constituye el trato que se debe otorgar a los menores de edad que figuren como víctimas del delito. Al respecto, se dictaron las *"Reglas prácticas para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales"* por parte de la Corte Plena, en la sesión 28-02 del 24-06-02. Dichas reglas constituyen directrices de acatamiento general por parte de todos los órganos judiciales. En ellas se establece que las audiencias donde se requiera la presencia de una persona menor de edad víctima, independientemente de la etapa en que se encuentre en el proceso, deberá llevarse a cabo en forma privada y con el auxilio de peritos especializados, en los casos en que sea necesario. Se le deberá informar en lenguaje sencillo y coloquial, sobre la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sea requerido y sobre la función de los sujetos procesales. El interrogatorio deberá estar estructurado con preguntas simples, claras, atendiendo a la edad, nivel educativo, grado de madurez, capacidad de discernimiento, así como a sus condiciones personales y socioculturales, otorgándosele el tiempo necesario para contestar. Se ha de resguardar el derecho a la confidencialidad, se debe hacer un uso prudencial del anticipo jurisdiccional en aras de evitar la revictimización del menor derivada de su declaración en el debate, entre otros aspectos. Pueden consultarse estas reglas en el Boletín Judicial número 150 del 5 de agosto de 2005.

2.2.1 Jurisprudencia relevante sobre la víctima

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, ya la Sala Constitucional se había referido a los derechos de la víctima, en los casos donde se imponían limitaciones, tanto al actor civil como al Ministerio Público para recurrir.

En la sentencia 5751-93 de las 14:39 hrs. del 9-09-93, se declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales, el cual condicionaba el derecho de recurrir en casación del actor civil a los casos en que, a su vez, el Ministerio Público haya recurrido. En dicha sentencia, se señaló que debían tomarse en consideración las nuevas tendencias mundiales que pretendían rescatar el papel de la víctima y el damnificado en el procesal penal, a través de mecanismos que les permitieran defender sus intereses, aún en sustitución del Ministerio Público, en los casos en que este estimara que no debía continuarse con la investigación por razones de oportunidad o legalidad, y que por ello, en atención a los fines de la justicia constitucional, debía buscarse la solución más justa que atendiera al respeto de la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, razón por la cual se resuelve en el sentido de que debía concederse a la víctima u ofendido, la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses, y se declarara que la limitación contenida en el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales era inconstitucional por ser contraria al artículo 41 de la Constitución.

Por las mismas razones, mediante la sentencia número 5752-93, se anuló la limitación contenida en el artículo 328 del Código de Procedimientos Penales, el cual impedía al actor civil recurrir del auto que decretaba la prórroga extraordinaria de la instrucción.

En la sentencia 1193-95 de las 9:18 hrs. del 3-03-1995, ante una consulta formulada por la Sala Tercera de la Corte, referente a las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación, la Sala Constitucional anula dichas limitaciones, considerando que dentro del conjunto de órganos que intervienen en el proceso penal, el Ministerio Público es el que cuenta con las condiciones necesarias para asumir un rol frente a la víctima y realizar acciones para defender sus derechos e intereses y que, en este sentido, al negarle el derecho de recurrir, se estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva. Se afirmó que tratándose del derecho a la impugnación:

Por eso se entiende que los límites y obstáculos que se impongan al Ministerio Público, para que tenga libre acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, afectan no solo el interés público que representa, sino también los derechos e intereses de la víctima. Por esta razón, si resultan desproporcionados o irrazonables se traducen en una denegación de justicia. En el caso concreto, los límites sí eran irrazonables, porque atendían al monto de la pena impuesta o solicitada, lo cual evidentemente implicaba que se diera un trato desigual a las víctimas.

En la sentencia número 7497-98, la Sala Constitucional resuelve una consulta preceptiva de constitucionalidad interpuesta por la Sala Tercera. Uno de los argumentos del recurrente consultado a la sala es el de que se contraviene el debido proceso, por la ausencia de una instancia ulterior a la casación en aquellos casos en que al acoger un recurso de casación por el fondo contra una sentencia que exima de responsabilidad al imputado, se dicte una sentencia condenatoria. En este fallo, al valorar las diversas opciones de solución que ofrecía el sistema, se señaló que no era posible interpretar la imposibilidad de plantear un recurso de casación contra una sentencia absolutoria, en virtud de los derechos de la víctima que constituyeron uno de los nortes de la reforma del proceso y de la concepción del proceso penal, como instrumento para resolver conflictos sociales. Se resuelve entonces que no lesiona el debido proceso, en particular la prohibición que de él se deriva que no se debe juzgar a alguien dos veces por la misma causa, el conocimiento del recurso de casación de una sentencia absolutoria. No obstante, sí contraviene el debido proceso la condena al imputado dictada por el propio tribunal de Casación. Al resolver un recurso de casación interpuesto contra una sentencia absolutoria, se señala como única solución posible, ordenar el reenvío.

Por sentencia número 8591-02 de las 14:59 hrs. del 4-09-02, la Sala Tercera de la Corte formula una consulta facultativa de constitucionalidad para que la Sala Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 422, párrafo 1º y 444 del Código Procesal Penal, los cuales recogen el principio de impugnabilidad objetiva, según el cual, la resolución que acoja la suspensión del proceso a prueba carece de recurso de casación, debido a que con la suspensión, no se pone término al ejercicio de la acción penal, lo que sí sucedería con el dictado de un sobreseimiento definitivo en la etapa de juicio o de una sentencia, condenatoria o absolutoria.

La sala estimó que debía extenderse el derecho de recurrir a la víctima, en atención no solo al principio de acceso a la justicia contemplado en el artículo 41 constitucional, sino también de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 h)

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que si bien establece el derecho a recurrir del imputado, debe considerarse ampliado a la víctima del delito, a quien se debe reconocer su derecho a recurrir las resoluciones que causen un perjuicio a sus intereses, como sería el caso de una sentencia absolutoria, o bien una que acoja en forma indebida la suspensión del proceso a prueba por cuanto el recurso de casación no debe ser regulado, interpretado o aplicado con criterios formalistas que desnaturalicen su función de garantía. Así se indica que

De esta manera, si el Estado no cuenta con los órganos y procedimientos para satisfacerlo, se encuentra en la obligación de crearlos, o bien, de interpretar las normas en un sentido ampliativo del derecho.

La sala estimó que si se impide a la víctima recurrir de la suspensión del proceso a prueba, se le estaría obligando a esperar el vencimiento del plazo por el cual se adoptó la medida alternativa, a efecto de plantear los reclamos correspondientes, vulnerándose así su derecho a la justicia pronta y cumplida. No obstante, el problema en la práctica se ha superado en gran medida, en virtud de la reforma legislativa que se produjo, mediante la Ley N.º 8146 del 30-10-01, en la cual se estableció la exigencia de la conformidad de la víctima para acordar la suspensión del procedimiento a prueba.

Por su parte, en contraste con esa interpretación ampliativa de la Sala Constitucional, tanto la Sala Tercera de la Corte como el tribunal de casación Penal han resuelto reiteradamente que solo la víctima que se ha constituido en querellante o actor civil puede interponer el recurso de casación:

En materia penal, la previsión legislativa de los medios de impugnación posibilita recurrir las resoluciones judiciales en los casos y por los medios expresamente establecidos. Específicamente, el recurso de casación se consagra –ante todo– como un derecho procesal en pro de la parte que considere afectados sus intereses (impugnabilidad subjetiva, artículo 424 ibídem) por determinadas resoluciones jurisdiccionales dictadas por el Tribunal de juicio –la sentencia o el sobreseimiento– (impugnabilidad objetiva, artículo 444 ejúsdem), para que comparezca ante el ad-quem e inste la ineficacia del fallo, si han concurrido para dictarla defectos de procedimiento o bien por haberse emitido con base en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. El ofendido, cuando no se ha constituido como querellante o actor civil, no está

legitimado para recurrir en casación, ya que por disposición legal, la facultad de recurrir en esta vía, únicamente se concede a ciertas personas (impugnabilidad subjetiva) y respecto a ciertas resoluciones (impugnabilidad objetiva). Por lo demás, es importante recalcar que: “[...] El artículo 422 del Código Procesal Penal recoge los principios de taxatividad objetiva y subjetiva de los medios impugnatorios y señala, en su segundo párrafo, que “El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”. La última frase de la norma ha de entenderse referida a las partes que se hayan constituido como tales en el proceso o lo sean por disposición de la ley en los supuestos que ella establece. El Código también reconoce una importante función a la víctima, como sujeto capaz de emitir decisiones con eficacia procesal y le asigna ciertos derechos fundamentales que no pueden serle desconocidos. Ahora bien, el ámbito de tales derechos y actuaciones de la víctima no es ilimitado, sino que las propias normas procesales han restringido su intervención y señalado en qué supuestos y a través de cuáles medios puede influir de modo eficaz en las decisiones del procedimiento, de tal manera que no es equiparable ni puede ser entendida como una de las “partes” a que hace referencia el artículo 422 citado. En materia impugnatoria se acuerda a la víctima el recurso de apelación contra las resoluciones que desestimen la denuncia o dispongan el sobreseimiento del encausado (artículos 71 y 282, salvedad hecha del sobreseimiento dictado en la fase de juicio, conforme lo dispone el artículo 340 ibidem) y ese medio constituye el único que válidamente puede ser ejercido por ella, con arreglo al régimen taxativo que la ley establece. En otros ámbitos, corresponde a la víctima realizar una tarea de control de las actuaciones del Ministerio Público, a través de diversas peticiones así como instándolo para que interponga los recursos contra las resoluciones contrarias a sus intereses (incluido, por supuesto, el de casación). El artículo 426 del Código de rito no solo aclara que la víctima, como tal, no es “parte” en el proceso, sino que además regula su posición frente a la materia impugnatoria, con la salvedad del recurso de apelación antes mencionado que se prevé de modo expreso: “La víctima o cualquier damnificado por el hecho, **cuando no estén constituidos como parte**, podrán presentar solicitud motivada al Ministerio Público para que interponga

los recursos que sean pertinentes. Cuando el Ministerio Público no presente la impugnación, explicará por escrito, dirigido al solicitante, la razón de su proceder". (Sala Tercera, #2000-01047, de 9:35 horas del 8 de setiembre de 2000). Bajo estas consideraciones, se infiere que para que la víctima se encuentre legitimada para interponer recursos de casación, deberá previamente haberse constituido como querellante o actor civil, o por otra parte, podría instar al Ministerio Público para ejercer la citada impugnación— lo que no ocurre en la especie —en donde no se está en presencia de ninguno de esos supuestos. Ahora bien, visto el escrito de interposición del recurso de casación presentado, se observa que lo interpuso G.V.M., en su condición de apoderado generalísimo de la entidad ofendida, [...], sin que se haya constituido en el momento procesal oportuno como querellante o actor civil, de tal modo que no obstante su condición de ofendido — al no ser parte— carece de legitimación subjetiva para recurrir en casación. Por lo expuesto, siendo manifiestamente improcedente la petición formulada, **se declara inadmisile** el recurso de casación interpuesto.

(Sentencia número 254-05 de las 8:35 hrs. del 8-04-05 de la Sala Tercera de la Corte. En el mismo sentido, entre otras, pueden consultarse las sentencias: 739-05; 953-05; 1231-04; 1368-05 y 1-6 de la misma sala. Del Tribunal de Casación Penal: 557-05; 711-04; 763-02; 204-02; 963-01; 202-F-99).

También fueron cuestionados mediante una acción de inconstitucionalidad los artículos 39 del Código Procesal Penal y 34 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en cuanto facultan al Ministerio Público para ejercer la acción civil en representación de la víctima, lo cual, a juicio de los accionantes, vulnera los principios de objetividad, igualdad de armas o de oportunidades y separación de poderes.

Alegó el accionante que al Ministerio Público se le asigna una función requirente, motivo por el cual, debe actuar en forma oficiosa, procurando la búsqueda de la verdad real y en estricta sujeción a la legalidad, sin pretender beneficiar o perjudicar al imputado. Así no resulta legítimo que el legislador le asigne también la representación de un interés eminentemente privado, como es la defensa de la acción civil derivada de la comisión de un delito, por tener una naturaleza jurídica diversa de la acción penal, en tanto se trata de un derecho patrimonial enajenable, y su titular es el único legitimado para ejercerla.

La sala estimó que las normas no son inconstitucionales, en tanto más bien favorecen el derecho de las víctimas a obtener una reparación por los daños y perjuicios sufridos, la cual debe ser garantizada por el Estado sin que se afecte la objetividad del Ministerio Público, en virtud de que la acción civil resarcitoria puede resultar procedente, aún en los casos en que no se demuestre la responsabilidad penal. Se señaló que resulta obligado para el legislador establecer instrumentos o mecanismos legales que permitan el efectivo ejercicio de ese derecho, a fin de posibilitar una tutela judicial efectiva a la víctima, lo cual implica dotar de una asesoría de letrado gratuita –de parte del Estado– a quien por condiciones socio-económicas no puede costearse. Esta regulación lejos de ser contraria a alguna norma o principio constitucional, más bien se constituye en expresión del respeto de los derechos de la víctima.

El derecho de defensa en el campo penal exige –entre otros aspectos– que el Estado facilite la defensa letrada pública, no solo a los imputados, sino también a las víctimas, pues de no ser así, se plantearían una contradicción entre el reconocimiento constitucional del derecho de defensa y la imposibilidad material de acceder a ella, por parte de algunas personas que no cuenten con los medios para ejercerlo.

Asimismo, sostuvo que el hecho de que se haya delegado en el Ministerio Público, órgano adscrito al Poder Judicial, y que no en todo el territorio nacional, se ejerza a través de una oficina especializada, por lo cual, un mismo representante del Ministerio Público (fiscal) ejerce ambas acciones, la penal y la civil. Además, no produce el alegado conflicto de intereses (público y privado), precisamente por la naturaleza de la acción civil resarcitoria, la cual, aun cuando es subsidiaria de la acción penal, puede ser ejercida en forma independiente (S 15092-05 de las 14:58 hrs. del 2-11-05 de la SC).

Tanto la Sala Tercera de la Corte como el Tribunal de Casación han desarrollado una serie de conceptos jurisprudenciales en el tema de la protección de los derechos de las víctimas que resultan de gran interés. Entre estos pueden citarse los siguientes:

- 1) En los casos donde no se ha ofrecido la declaración del ofendido como prueba en el momento procesal oportuno, la Sala Tercera de la Corte ha señalado que puede ser ofrecida como prueba para mejor resolver, valorando la filosofía del proceso penal que busca un equilibrio entre los intereses del imputado y de

la víctima y devolviéndole a esta última, el derecho a su efectiva participación en el proceso. Se ha estimado que la víctima u ofendido tiene el derecho de ser oído en el juicio y, que a pesar de que el artículo 355 del Código Procesal Penal señale que la prueba para mejor resolver es sobre hechos o circunstancias nuevas, deben aplicarse directamente la Constitución Política y los instrumentos de derecho internacional que consagran el derecho de acceso a la justicia (Sentencia 572-00 de las 9:35 hrs. del 2-06-00 de la Sala Tercera de la Corte).

- 2) En los casos donde figuran víctimas menores de edad, se ha señalado que estos no pueden revocar la instancia, en virtud del interés superior del menor y de lo dispuesto en el artículo 119 del Código de la Niñez y la Adolescencia, así como en los artículos 51 y 55 de la Constitución Política (Sentencias 1040-99 de las 10:30 hrs. del 20-08-1999 y 580-00 de las 10:10 hrs. del 2-06-00 de la Sala Tercera de la Corte).
- 3) Se ha resuelto que en casos excepcionalmente calificados, donde se esté ante víctimas vulnerables de violencia doméstica o en casos de delitos sexuales, independientemente de que sean menores o mayores de edad, el tribunal puede, aún de oficio, ordenar que se reciba su declaración sin la presencia del imputado, sin que esto implique una violación al derecho de defensa ni de imparcialidad del juzgador, en tanto el imputado queda representado por la defensa técnica y, posteriormente, es informado del contenido de las declaraciones. Aducen que esto se admite para tutelar otros bienes jurídicos de rango constitucional. (Sentencias 1226-01 de las 9:50 hrs. del 14-12-01; 1043-97 de las 14:35 hrs. del 30-09-97; 1474-97 de las 8:40 hrs. del 23-12-97; 438-01 de las 9:15 hrs. del 25-05-01; y 145-05 de las 9:20 hrs. del 12-12-05 de la Sala Tercera de la Corte).
- 4) Se ha dispuesto que en el caso de las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales menores de edad, la valoración del testimonio, sobre todo cuando se está ante contradicciones u olvidos, debe tener en cuenta aspectos, tales como: el tiempo transcurrido, el impacto emocional producido por el hecho, sentimientos de vergüenza, miedo, culpa, la edad del menor (Sentencia 875 de las 9:45 hrs. del 12-08-05; 1117-05 de las 10:30 hrs. del 14-10-05; 1516-05 de las 8:35 hrs. del 23-12-05; 1439-05 de las 9:50 hrs. del 12-12-05 de la Sala Tercera de la Corte; 1523-07 de las 9:45 hrs. del 30-11-07 del Tribunal de Casación Penal de San José).

- 5) Se ha señalado que las víctimas tienen derecho de hacerse acompañar a la audiencia por un defensor de su confianza, sin que se requiera de un poder o apersonamiento y sin que se requiera haberse constituido en querellante. (Sentencia 352-05 de las 9:42 hrs. del 28-04-05 del Tribunal de Casación Penal).
- 6) En los supuestos donde figuran víctimas menores de edad, se ha establecido la obligación de aplicar las “Reglas prácticas para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales”, dictadas por la Corte Plena en la sesión 28-02 del 24-06-02 (487-06 de las 8:45 hrs. del 26-05-06; 487-06 de las 08:45 y 526-07 de las 14:00 hrs. del 24-05-07 del Tribunal de Casación Penal).
- 7) Se ha resuelto sobre el deber de no revictimización por parte de los tribunales de justicia. Así en la sentencia 2007-00260 de las 8:40 hrs. del 21-03-07 de la Sala Tercera de la Corte se indicó:

Esta Sala tuvo oportunidad de escuchar los casetes que registran la audiencia y pudo con asombro comprobar el trato humillante que recibió la ofendida cuando fue obligada a comparecer al debate. Estaba realmente temerosa, aterrada y no quería evocar lo sucedido, simplemente no quería hablar. Su posición de víctima no excluye su carácter de testigo y como tal, tiene el deber de contar lo sucedido. Sin embargo, hay muchísimas formas de acercar a una víctima de un hecho como el que se analiza, a esta realidad, a este deber, sin tener que atormentarla con la amenaza de ser apresada, la que se le hizo al menos en tres oportunidades, en frente de sus agresores y de todas las personas presentes, en una verdadero escenario de revictimización, que debe ser desterrado de la práctica judicial, que no puede continuar insensible al drama de las víctimas de violencia. El artículo 7 inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará, ratificada y aprobada por Costa Rica en la ley 7499 del 22 de junio de 1995, establece que es obligación de los Estados partes “tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” y el inciso f) del mismo artículo señala “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a la violencia, que

incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos", de modo tal que si bien son declaraciones programáticas que vinculan a los Estados suscriptores a concretar esas políticas, también son una declaración de principios que debe impregnar el quehacer de los aparatos públicos involucrados y muy especialmente, al sector de administración de justicia, de modo que tengan vocación para tratar de darle el manejo más adecuado a la problemática, con el instrumental y los recursos de que se disponga, mientras éstos no sean mejorados por el legislador. Se comprende el deseo del Tribunal –y el protagonismo que el modelo procesal anterior le permitía– para lograr el descubrimiento de la verdad, pero este fin debe ser alcanzado respetando los derechos de la víctima al igual que se respetan los derechos y garantías del acusado, víctima que debe ser considerada, incluso en la dimensión de su dolor para evocar lo sucedido, lo que en modo alguno significa permitir reticencias infundadas y mentiras, sólo que debe comprenderse su entera situación y procurar darle un manejo adecuado. Nada impide, por ejemplo, pedir la salida de los acusados de la sala de debate cuando la víctima va a declarar y ello sea necesario para garantizar su estabilidad emocional, suspender la audiencia para buscar apoyo psicológico, o de un trabajador social, o simplemente darle un tiempo para que se calme, o explicarle por qué razón no puede desentenderse del proceso y darle apoyo –sin amenazas y posiciones de autoridad– para que declare, sin tener que enfrentarla directamente y obligarla a declarar, sin darle ninguna opción. Luego de haber sido amenazada en tres oportunidades con la detención por no querer declarar, con habérsele advertido que los jueces están acostumbrados a oír muchas cosas, de modo que no tenía por qué sentir pena o vergüenza (!), incluso ello motivó a que la Fiscal de Juicio hiciera la observación al Tribunal de que estaba presionando a la testigo, la ofendida inició su relato, constantemente interrumpida por el Presidente del Tribunal, pero cuando esta interrupción cesó al fin pudo fluir en su narración, la que resultó permeada además por su voz quebrada, su llanto y la confesión del miedo y terror que sintió y el disgusto de revivir la situación. Sometida a un interrogatorio para descubrir si realmente ella no había aceptado los contactos sexuales –otra forma sutil, pero no menos violenta, de revictimización, que debe, de igual forma, ser eliminada de la praxis judicial–, su voz fue cobrando fuerza y permitió

que los juzgadores concluyeran, que la ofendida fue clara, concisa y contundente en afirmar la autoría de estos acusados en los hechos en su perjuicio, conclusión que está fundamentada y resulta correcta.

2.3 FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Nos parece necesario hacer una breve mención, respecto de la función del Ministerio Público en el proceso penal, en virtud de que el mismo se encuentra íntimamente ligado con el tema del acceso a la justicia y la tutela de los intereses de la víctima, aspectos de indudable relevancia en la configuración de un proceso penal respetuoso de los derechos y principios fundamentales de las personas. Si bien es cierto, en la Constitución Política costarricense no existe ninguna referencia expresa al órgano requirente, a nivel jurisprudencial, se le ha otorgado un papel preponderante en el proceso penal, en atención a la naturaleza de su función y los intereses, tanto colectivos como individuales que tutela, reconociéndosele su independencia en el ejercicio de la función acusadora.

2.3.1 REFORMA PROCESAL

Al abordar el tema de la función del Ministerio Público, resulta imprescindible referirse a la reforma operada con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996 que actualmente nos rige. Una de las modificaciones sustanciales que se introdujo fue establecer la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público, desapareciendo la figura del juez de instrucción. De esta forma, el órgano requirente asume un verdadero protagonismo en el ejercicio de la función acusadora y, por otra parte, se fortalece el control jurisdiccional en esa etapa del proceso, al reservarse al juez de garantías, la función exclusiva de velar por el respeto de los derechos de las partes en el proceso, sin estar comprometido con la labor investigativa. Puede indicarse que de esta forma se asume una estructura procesal acentuadamente acusadora, dejándose de lado el principal resabio del sistema inquisitivo que era precisamente la figura del juez de instrucción, quien asumía un rol en gran medida contradictorio, en relación con las funciones de garantía e investigación que al mismo tiempo debía cumplir.

2.3.2 NATURALEZA

El Ministerio Público es un sujeto procesal, cuya intervención atiende tanto a la defensa de los intereses y bienes jurídicos de la sociedad en su conjunto, como

de las personas individualmente consideradas y de los grupos o asociaciones de personas. Puede definirse como un órgano de justicia que no desempeña una función administrativa ni jurisdiccional en sentido estricto. Si bien se encuentra ubicado dentro de la estructura del Poder Judicial, mantiene una completa independencia funcional en el ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias (artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)³³.

Se trata de una institución jerárquica y unitaria; lo cual tiene su razón de ser en la necesidad de crear y mantener una unidad de acción e interpretación de las leyes. El Ministerio Público es único para toda la República, y el Fiscal General es el jefe superior y su representante en todo el territorio nacional. A este le corresponde definir la política y las prioridades que deben orientar la persecución de los hechos delictivos, lo que supone en cierta medida, una selección de los medios y hechos que pueden investigarse, ya que cuenta con recursos limitados y con tipos de criminalidad cada vez más sofisticados y violentos. Sobre el particular, afirma el magistrado José Manuel Arroyo:

La independencia funcional tiene directa relación con uno de los encargos básicos que el Ministerio Público adquiere con la nueva legislación procesal penal. Tal encargo se refiere a la necesidad de que sea este ente acusador el encargado de definir, en la práctica, una verdadera política criminal. Si bien es cierto la instancia legislativa, a través de la aprobación de las leyes penales, es quien en primera

33 *"El Ministerio Público debe ser independiente porque solo así puede garantizarse el recto ejercicio de sus funciones; es decir, una actuación ajustada al mandato de la ley y en procura de la defensa de los intereses de la sociedad o interés público. Porque solo así es posible que los detentadores del poder político, de cualquier color o signo, puedan experimentar el sano temor de que pueden ser perseguidos eficiente y eficazmente ante la justicia si llegaran a incurrir en actos de corrupción. Porque es la única forma de que no haya acepción de personas en la persecución de los delitos y, sin embargo, pueda el Ministerio Público garantizar el mayor respeto a la dignidad inherente a la condición humana de cualquier perseguido por la justicia. Porque solo siendo independiente el Órgano, puede el Fiscal General realmente dirigir la institución y responder por su dirección ante la sociedad. En suma, porque la independencia del Ministerio Público es indispensable para que el sistema penal propio de una sociedad democrática funcione como tal, perfeccionándose cada día, reconociendo errores, si los hubiere; estableciendo responsabilidades e imponiendo sanciones disciplinarias cuando la justicia lo exigiere". Tijerino Pacheco, José María. Constitucionalización e Independencia del Ministerio Público. En: "Una Oportunidad para Reflexionar", XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000, pp. 46-47.*

instancia define qué bienes jurídicos se estima necesario proteger a través del derecho con sanciones más fuertes; no menos cierto es que, dentro de una concepción moderna del ejercicio punitivo, esa primera definición pasa luego necesariamente por la instancia judicial, donde, en nuestro caso, ha quedado establecido que obligatoriamente el Ministerio Público y sus jerarcas deben trazar los lineamientos generales en materia de persecución del delito, los campos de acción, las prioridades, los énfasis y toda la estrategia que permita asegurar una respuesta efectiva al problema social de la delincuencia³⁴.

El artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala que el Fiscal General deberá dar a sus subordinados, las instrucciones generales o especiales sobre la interpretación y la aplicación de las leyes, a efecto de crear y mantener la unidad de acción e interpretación normativa en el Ministerio Público. El numeral 12 refiere que los fiscales deberán acatar las orientaciones generales e instrucciones que el superior jerárquico imparte sobre sus funciones. Se establece, además, que en los debates y audiencias orales, el fiscal actuará y concluirá conforme a su criterio. No obstante, deberá observar las instrucciones generales impartidas por el superior, sin perjuicio de que este último le sustituya, si lo considera necesario.

En el ejercicio de su función, el Ministerio Público deberá adecuar sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país (artículo 63 del Código Procesal Penal). Deberá investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado y formular los requerimientos e instancias, conforme con ese criterio, aún a favor del imputado. La concepción del fiscal, no como un acusador a ultranza, sino como un funcionario comprometido con la sana administración de justicia, es de gran importancia, porque ciertamente en un sistema democrático de derecho, interesa tanto la sanción del culpable, como la absolución del inocente. El fiscal debe procurar la averiguación de la verdad, mediante los medios de prueba permitidos (artículo 180 del Código Procesal Penal) y, para ello, no solo debe investigar los hechos incriminantes, sino también aquellos que descarten la responsabilidad del imputado.

34 Arroyo Gutiérrez, José Manuel. Ministerio Público y Estado de Derecho: El Caso de Costa Rica. En: "Una Oportunidad para Reflexionar". XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000, p. 122.

El doctor Fernando Cruz, al señalar que a pesar de que se reconoce que el fiscal debe actuar con objetividad e imparcialidad –aspiración a la que no debe renunciarse– no se debe perder de vista que un sistema marcadamente acusatorio como el nuestro, es inevitable que asuma su papel de parte, pues su actuación responde a una determinada política de persecución³⁵.

No obstante, lo cierto es que la ley le impone al fiscal, los deberes de objetividad y lealtad a los que debe ajustar su actuación (los fiscales están sujetos a las causales de excusa y recusación que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

Debe también señalarse que el Ministerio Público frente a los funcionarios públicos de mayor rango, es un órgano de control político, sobre todo cuando investiga actos de corrupción³⁶. Sobre este tema, afirma el mismo autor que le corresponde al Ministerio Público asumir un compromiso efectivo, desarrollando una hábil estrategia que le permita perseguir ese tipo de delitos y neutralizar la poderosa oposición de los grupos que dentro y fuera de los partidos políticos, defienden y se benefician con la corrupción. Refiere que perseguir, denunciar e identificar la corrupción y el abuso de poder no son una tarea fácil, pero sí son algunas de las funciones más importantes del Ministerio Público³⁷. El cumplimiento de ese encargo hace del Ministerio Público uno de los cimientos fundamentales de la democracia costarricense.

35 Cruz Castro, Fernando. El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal costarricense. En: "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal". Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, 1996, p. 266.

36 La Circular 24-06 de la Fiscalía General señala que en el esquema político de Costa Rica, el Ministerio Público es, entre los órganos auxiliares de justicia, el titular de la acción penal pública. En esta condición, brinda un importante servicio, en unas ocasiones, por denuncia de algún ciudadano y, en otras, actúa de oficio. Su función de investigar la comisión de delitos; individualizar a sus autores y partícipes; determinar la extensión del daño causado; formular la acusación; ofrecer la prueba y solicitar la ejecución de penas lo convierten frente a los funcionarios públicos de mayor rango, en un órgano de control político, sobre todo, cuando acomete contra actos de corrupción.

37 Cruz, Fernando. "La investigación y persecución de la corrupción, observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos". En: Ministerio Público y Estado de Derecho: El Caso de Costa Rica. En: "Una Oportunidad para Reflexionar". XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000, p. 198.

2.3.3 FUNCIONES

Como funciones generales del Ministerio Público, se encuentran ejercer la acción penal en la forma establecida por la ley, ya sea en virtud de una denuncia, o bien, de oficio; practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo, así como individualizar a sus autores y partícipes; determinar la extensión del daño; formular la acusación; ofrecer la prueba y solicitar la imposición de penas a los culpables de delitos. Además tiene a su cargo la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública (artículo 62 del Código Procesal Penal y 2° párrafo primero de la Ley Orgánica del Ministerio Público), para lo cual tiene la dirección funcional de la Policía Judicial.

La investigación preliminar pretende determinar si existe una base para formular una acusación, para lo cual los fiscales deben realizar una indagación ágil y eficiente que permita recolectar los elementos de prueba que podrían darle fundamento, respetando plenamente las garantías y derechos de todas las partes en el proceso. Pueden realizar, por sí mismos, todas las diligencias y actuaciones de investigación que no requieran autorización del juez, tales como: decomisos, registros, inspecciones, requisas, registro de vehículos, secuestro de bienes; exigir informes a cualquier funcionario público, quien deberá colaborar con la investigación, así como disponer las medidas razonables para proteger y aislar indicios de prueba para evitar la desaparición o destrucción de rasgos, evidencias y otros elementos materiales.

El fiscal debe hacer una valoración inicial de los hechos para determinar si proceden una desestimación, el dictado de un sobreseimiento, incompetencia, la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del procedimiento a prueba, la aplicación del procedimiento abreviado, la conciliación o cualquier otra medida alternativa al proceso.

Conforme se señaló, el fiscal no es un acusador a ultranza; debe ponderar todas las posibilidades que podrían solucionar el conflicto, aún sin necesidad de juicio. Antes de plantear la acusación, debe agotar todos los recursos a su alcance, con el fin de conocer y examinar las circunstancias que excluyen o debilitan la responsabilidad del imputado, dado que ello redundará en la credibilidad y éxito de la acusación. Si opta por la acusación, el fiscal deberá someter su teoría del caso o hipótesis acusatoria al tribunal de juicio que finalmente decidirá sobre la responsabilidad penal del imputado, ofreciendo todos los elementos de prueba disponibles. Además,

deberá plantear los recursos que considere pertinentes y deberá intervenir en la fase de ejecución penal. Asimismo, en el cumplimiento de su labor, el fiscal debe actuar con suficiente solvencia ética, transparencia e integridad, a fin de tener el peso y la legitimación que su delicada función requiere.

En cuanto a la relación del Ministerio Público con las víctimas, ciertamente el Código Procesal vino a transformarla sustancialmente. Conforme se señaló, el ofendido ya no puede seguir siendo excluido del proceso, como se hacía en el sistema anterior. El Ministerio Público –al igual que los jueces– está obligado a asegurarle a la víctima, independientemente de si se ha constituido en querellante o actor civil, el efectivo reconocimiento de su derecho a la justicia. También concretamente dentro del proceso, deberá velar por sus derechos a la información, intervención y posibilidad de recurrir; así como asumir la defensa civil, cuando corresponda³⁸.

La relación del Ministerio Público con la víctima debe implicar una buena comunicación, tanto para garantizarle el ejercicio de sus derechos, como para el éxito de la investigación.

Como vimos, la Sala Constitucional, desde antes de que se diera el cambio procesal, había reconocido la especial relación que existe entre el Ministerio Público y la víctima, al eliminar los obstáculos para plantear el recurso de casación a esta instancia, en atención al lugar que debe dársele a la víctima dentro del proceso penal y al necesario equilibrio de intereses que debe existir, considerando que dentro del conjunto de órganos que intervienen en el proceso penal, el Ministerio Público cuenta con las condiciones necesarias para asumir una función de tutela de las víctimas, claro está, siempre que ello no entre en contradicción con los intereses de la sociedad que le corresponde asumir (Sentencia número 1193-95 de las 9:18 hrs. del 3-3-95).

Alberto Binder señala que el Ministerio Público, en los casos en que la víctima se constituya en querellante, debe colaborar con ella, en especial, en la recolección de la información que requiera y en la gran cantidad de casos en que las víctimas

38 Sobre la constitucionalidad de la delegación de la acción civil en el Ministerio Público, se pronunció la Sala Constitucional en la sentencia número 15092-05 de las 14:58 hrs. del 2-11-05.

no desean o no pueden asumir el rol de querellante, “el fiscal debe asumir con claridad su función de abogado de la víctima”³⁹.

Resultan de interés las Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, donde se enuncian como principios de la labor del fiscal dentro del proceso, desempeñar un papel activo en el procedimiento penal, la imparcialidad, firmeza y prontitud, el respeto a la dignidad humana, la defensa de los derechos humanos y del debido proceso, la protección del interés público y la objetividad.

2.3.4 Jurisprudencia relevante sobre la función del fiscal

1) Prevalencia del criterio del fiscal en el ejercicio de la función acusadora

En relación con el nuevo papel asumido por el fiscal, frente a los poderes o facultades del juez, la Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, reafirmando el principio acusatorio y reconociendo el protagonismo del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Se planteó una consulta de constitucionalidad, respecto de los artículos 282 y 302 del Código Procesal Penal que establecen la desestimación y la disconformidad, por considerar el juez consultante que estas normas infringen el principio de universalidad de la jurisdicción, en cuanto se impone el criterio del fiscal sobre el de un juez de la República. Al respecto, consideró la sala que esta facultad del fiscal, lejos de invadir las potestades exclusivas del órgano judicial, más bien constituye una clara manifestación de la función acusadora ejercida por el Ministerio Público:

La idea de dicha normativa es darle prevalencia al principio acusatorio en lo relativo a la desestimación solicitada por el Ministerio Público, de modo que el juez no pueda obligar a éste a solicitar la apertura a juicio, todo lo anterior, conforme se dijo, al principio democrático de división de las funciones de investigación y de tutela de los derechos

39 Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal. En: Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, número 19, 1994, pp. 24-25.

del acusado en dos órganos distintos, que orienta el procedimiento penal. El Ministerio Público mantiene inalterables los poderes inherentes a la acusación, motivo por lo cual, el juez no puede modificar la voluntad del órgano acusador cuando éste solicita el sobreseimiento o la desestimación de la causa, y en caso de oposición a esa solicitud debe someter al conocimiento del Fiscal Superior o General la reconsideración de su petición, conforme al procedimiento establecido en el transcrito artículo 302 del Código Procesal Penal, y en última instancia, impera el criterio del Ministerio Público. Lo anterior no resulta inconstitucionalidad, como lo considera la autoridad consultante, en tanto el fiscal no invade potestades exclusivas del órgano judicial, y más bien debe de indicarse que esta competencia constituye una clara manifestación del poder acusatorio que ejerce el Ministerio Público, en virtud de establecerlo así la ley, como una clara y saludable manifestación de la división de poderes en el proceso, en el que los jueces se limitan a juzgar y no a investigar, concentrándose en la tutela de los derechos del ciudadano frente a la represión punitiva estatal. Con esta separación de las funciones de investigación y control en la etapa inicial del proceso penal, también se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 9 y 154 de la Constitución Política, en cuanto se refieren a la separación de los Poderes del Estado y al sometimiento de los jueces únicamente a las normas y principios constitucionales y a las leyes; así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuanto obliga a los Estados Partes de dotar de garantías judiciales a los imputados en los procesos penales, resaltando la necesidad de que sea un juez o tribunal imparcial, independiente y previamente establecido por ley, el que conozca de las causas, como pilar del procedimiento justo [...].

(Sentencia número 6470-99 de las 14:36 hrs. del 18-08-99 de la Sala Constitucional. Sobre el mismo tema, se resolvieron en idéntica forma las sentencias 12017-02 de las 9:06 hrs. del 18-12-02 y 3930-08 de las 14:43 hrs. del 12-03-08, todas de la misma sala).

En la misma línea, en la sentencia 2662-01 de las 15:30 hrs. del 4-4-01, se resolvió una consulta judicial interpuesta sobre la constitucionalidad de la decisión del fiscal adjunto que obligaba al juez a admitir la aplicación de un criterio de oportunidad por insignificancia del hecho y ordenar el sobreseimiento definitivo.

En lo que interesa, se señaló:

En consecuencia, corresponde al Fiscal decidir respecto de la conveniencia de aplicar o no un criterio de oportunidad. Las partes pueden solicitar su aplicación, en el plazo de cinco días que prevé el artículo 316 del Código Procesal Penal. No obstante, el tribunal del procedimiento intermedio no puede aceptar esa solicitud sin la aprobación del Ministerio Público, que según se dijo, debe contar con la aprobación del superior jerárquico. Constituye un deber y atribución del Fiscal General el establecer la política general del Ministerio Público y los criterios para el ejercicio de la acción penal (artículo 25 inciso a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público). En consecuencia, de conformidad con esa estructura, el análisis que ha de hacer el tribunal para autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad, debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el legislador. La autorización del juez excluye la realización de un análisis de la conveniencia u oportunidad de la medida, dado que no puede sustituir la decisión del Fiscal, que es el encargado del ejercicio de la acción penal, es a él a quien se le atribuye la responsabilidad, pues ello conlleva a desnaturalizar –dentro del sistema por el que se ha optado (el acusatorio)- la función de juzgador que le corresponde, debiendo esperar a ser debidamente excitado por el órgano requeriente para poder actuar. En el supuesto del artículo 22 inciso a), correspondiente al criterio de insignificancia del hecho, cuya aplicación origina esta consulta, el juez debe verificar que el hecho no hubiere sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. La determinación de si se trata de un hecho que afecta o no el interés público corresponde al Fiscal porque es un criterio valorativo que tiene que ver con el ejercicio de la política criminal del Estado, a ponderar en cada caso concreto por la representación del Ministerio Público. Lo anterior, por cuanto es un hecho claro, que en todos los delitos de acción pública está de por medio la afectación a un interés público, de ahí que la sociedad en su momento, consideró necesario tipificarlos como tales. Es el Ministerio Público –se reitera– quien debe realizar el juicio respecto de la conveniencia, utilidad y necesidad de la persecución penal en cada caso concreto.

En otra sentencia, la sala resolvió en el sentido de que el tribunal, al realizar el control de la legalidad sobre el criterio de oportunidad, puede dejar sin efecto el convenio que es provisional hasta que esté aprobado por este. Se planteó un recurso de hábeas corpus en un caso seguido por el delito de homicidio calificado, donde el Ministerio Público había acordado la aplicación de un criterio de oportunidad por colaboración (artículo 22 inciso b del Código Procesal Penal) con uno de los imputados y, cuando este se presentó a declarar en juicio como testigo, conforme había convenido con el Ministerio Público, fue anulado el convenio por el tribunal, quien consideró que el mismo era ilegal, dado que la responsabilidad atribuible a este era similar a la de los otros imputados, además de que la información que podría aportar no sería determinante en el resultado del proceso, y ordenaría su detención inmediata. Al respecto, estimó la Sala Constitucional que

III.- La disconformidad del recurrente radica en el hecho de que la amparada K.Y.A.V. firmó un convenio con el Ministerio Público, para la aplicación el principio de oportunidad reglado, en el supuesto establecido en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, y luego de ofrecer una declaración de gran utilidad para llegar a la verdad de los hechos investigados, el tribunal recurrido revocó el convenio, dejando en total indefensión a la imputada. Al respecto, lo primero que debe esta Sala aclarar es que el mismo Código Procesal Penal distribuyó claramente las competencias en materia de aplicación del principio de oportunidad reglado, dejando en manos del Ministerio Público el análisis de conveniencia y oportunidad de abstenerse de ejercer la pretensión punitiva en los casos previstos en el artículo 22; asimismo, deja a los tribunales penales el control de la legalidad en el uso de dicho instrumento, dada la gravedad que implicaría su aplicación en forma contraria a Derecho. En el caso expreso de los incisos b) y f) del ya citado artículo 22, los efectos del convenio que suscriba el Ministerio Público con la persona imputada, son meramente provisionales, y adquieren firmeza hasta que el Tribunal de Juicio determine en forma definitiva si procede –de acuerdo con los parámetros previstos en la Ley– prescindir de la acción penal en contra de aquella. Es decir, queda claro que la siempre suscripción de un convenio entre el Ministerio Público y el imputado en una causa penal, comprometiéndose el segundo a brindar información de utilidad en la investigación, no confiere por sí sola derecho a la obtención de una resolución de sobreseimiento en ese proceso, sino que queda siempre en manos del juez la decisión final en esta materia.

IV.- En el presente caso, es obvio que la amparada no podía exigir que el Tribunal de Juicio aplicara sin un previo juicio de legalidad, el convenio que firmó con el Ministerio Público. Así las cosas, la actuación del tribunal recurrido, revisando si el acuerdo en cuestión cumplía con los requisitos del artículo 22 inciso b), no resulta ilegítima, sino conforme con sus competencias, según fue explicado en el párrafo anterior. El fondo de su decisión no le corresponde a esta Sala juzgar, ya que de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de funciones propio de los tribunales penales.

(S. 6808-02 de las 14:46 hrs. del 10-07-02 de la SC).

Conforme se observa, la sala no entró a analizar si la menor reprochabilidad de la conducta y la utilidad de la información obtenida para la investigación, correspondían ser valoradas por el tribunal o, por el contrario, eran resorte exclusivo del Ministerio Público; como sí se hizo en la sentencia anteriormente citada (2662-01) en donde expresamente se dijo que la determinación de si un delito afectaba el interés público era propia del fiscal y no del juez.

Nos parece que la determinación de si una colaboración es eficaz con la investigación se ubica claramente dentro de las competencias del Ministerio Público que es el órgano encargado de esa tarea y no el juez, quien por su propia naturaleza, no puede realizar actos investigativos.

2) Principio de objetividad del Ministerio Público

La Sala Tercera de la Corte, al conocer de un recurso de casación planteado por la fiscal a favor del imputado, en relación con el principio de objetividad, señaló:

Pretende la Fiscal recurrente que se absuelva de toda pena y responsabilidad al sentenciado a través de la anulación del fallo y del reenvío del expediente al Tribunal de origen para una nueva sustanciación. Interesa señalar que la Fiscal del Ministerio Público que interpone la articulación no solo está legitimada para procurar la absolutoria del condenado, sino que más bien está obligada a hacerlo, si, como en el caso sub lite, se convence en el juicio oral y público celebrado que las pruebas producidas en esa diligencia no fueron suficientes para derivar de ellas un pronunciamiento condenatorio,

por cuanto la verdad real en su criterio establecida no configura un cuadro de culpabilidad penal para el imputado. Así se desprende del artículo 63 del Código Procesal Penal que manda a los integrantes del Ministerio Público, como una garantía procesal insoslayable, total “objetividad en el ejercicio de las funciones ordenadas por la ley”, agregando, sobre el tema, que los señores Fiscales deben investigar no solo las razones de culpabilidad de los acusados, sino también todas aquellas que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, solicitando si es el caso una sentencia absolutoria, y formulando las instancias que a su criterio correspondan, aun a favor del justiciable. En este caso, la señora Fiscal pidió la absolución del imputado al emitir sus conclusiones en el juicio oral que se celebró en la causa, y, ahora, con el recurso que aquí se conoce, reitera ese criterio, como resulta propio y debido en razón de los criterios objetivos que le están impuestos. Convencida la representante del Ministerio Público de la inocencia de P. S, como afirma con sus razones estarlo, no tenía otra alternativa procesal para cumplir con sus deberes de objetividad que presentar este recurso de casación, porque no lleva razón el licenciado E.V.V., defensor del acusado, quien no formuló objeción alguna a la sentencia condenatoria que se dictó contra su patrocinado, pero que en el juicio oral celebrado, al emitir conclusiones, frente a la absolutoria solicitada por la fiscalía, afirmó su criterio de que “no hay acusación en este momento.” (folio 138 in fine). La absolución pedida por el Ministerio Público, una vez celebrado el juicio oral y público, no es una declinación de la instancia, ni una renuncia a la misma, sino una conclusión derivada de lo examinado y ponderado durante el contradictorio, eso sí distinta a aquella a la que arriban los juzgadores, por lo que esta última solo puede ser atacada a través de los recursos que la ley establece.

(S 61-03 de las 9:35 hrs. del 7-02-03 de la STC. En el mismo sentido, se resolvió en la sentencia número 624-05 de las 11:19 hrs. del 17-06-05, donde se anula una sentencia condenatoria en virtud del recurso interpuesto por el Ministerio Público).

3) Dirección funcional de la Policía

En cuanto a la dirección funcional que el Ministerio Público debe ejercer sobre la Policía, la Sala Tercera de la Corte se ha pronunciado en el sentido de que no significa que el fiscal deba asumir las funciones de la Policía, sustituyéndola, sino que lo que le corresponde es definir cuáles casos se investigarán y dar los lineamientos generales acerca del modo en que se realizarán las indagaciones, por lo que la Policía deberá rendir los informes correspondientes.

En principio se ha señalado que no se requiere, por ejemplo, que el fiscal deba estar presente en las vigilancias, compras de drogas, filmaciones y otros actos propios de los órganos policiales y menos que los asuma por sí mismo, pues se trata del quehacer policial. (Pueden consultarse en este sentido, las sentencias 447-04, 198-05, 738-06, 918-06, 357-06, 567-06, 311-06, 363-06 y 149-06 todas de la STC, 324-07 del Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Segunda y la circular del Consejo Superior 55-06).

Sobre la validez de las actuaciones policiales en el proceso, esa misma sala señaló que

[...] la policía judicial, como entidad investigadora o “represiva” que es, dentro de sus funciones cuenta con una serie de facultades que le permiten intervenir inmediatamente cada vez que reciba noticia de un hecho delictivo, sea que este ya haya ocurrido, está ocurriendo o vaya a ocurrir. Esta actividad, conforme a los parámetros de legalidad que orientan su labor y que se encuentran previstos en el Código Procesal Penal y en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, le posibilitan actuar de oficio, o bien, de acuerdo con las circunstancias, ante la solicitud que le presenta la respectiva autoridad judicial. El artículo 285 del Código de rito vigente, por ejemplo, señala de manera específica esta situación, al indicar que “La policía judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos de acción pública; impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables y reunir, asegurar y ordenar científicamente las prueba y demás antecedentes necesarios para basa la acusación o determinar el sobreseimiento” (puede verse también el artículo 3 de la Ley

Orgánica del Organismo de Investigación Judicial). Asimismo, como consecuencia de esta facultad, se le permite realizar, entre otras actividades de investigación, las siguientes: “[...] b) Cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados. c) Si hay peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje una adecuada investigación. c) Proceder a los allanamientos y las requisas, con las formalidades y limitaciones establecidas en este Código... g) Citar, aprehender e incomunicar al presunto culpable en los casos y forma que este Código Autoriza. h) Entrevistar e identificar al imputado respetando las garantías establecidas en la Constitución y las leyes” (Arts. 286 del Código de rito y 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial). Consecuentemente, la policía judicial posee amplias facultades para ejecutar una serie de actos de relevancia procesal, sea de oficio o a solicitud de la autoridad judicial respectiva; claro está, con estricto apego a las formalidades y exigencias de legalidad previstas en el ordenamiento jurídico (Sala Tercera, No. 167 de las 9:25 hrs. del 14 de marzo de 2003). También se ha indicado que: “cabe agregar 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.” (Sala Tercera, No. 366 de las 11:12 hrs. del 6 de abril de 2001). Con base en lo anterior, puede afirmarse que en el caso sometido a estudio resulta legítima la actuación de la policía en las referidas ventas controladas de droga ya que fueron realizadas en coordinación con el Ministerio Público, el cual además fue informado del resultado.

(S 1145-05 de las 9:15 hrs. del 10-10-05 de la STC).

No obstante, en otras decisiones jurisdiccionales, se ha establecido que sí se requiere de la presencia tanto del fiscal como del juez de garantías, para que

pueda utilizarse dicha prueba dentro del proceso. Así, en la sentencia 9-07 de la Sala Tercera se indicó:

[...] resulta innecesario ordenar el reenvío de esta causa a debate, ya que esta Sala nota la existencia de un vicio absoluto en la investigación realizada contra los imputados. Desde el inicio, se omite dar anuncio al Ministerio Público con el fin de que pueda ejercer la dirección funcional, lo que provoca un problema sobre la forma en la cual se recopilan los elementos de prueba. De igual manera, y siendo un caso muy particular por la forma en la cual se ejecuta la investigación, también existe duda en cuanto a si era necesario el control jurisdiccional en el intercambio del dinero por la droga que se lleva a cabo el día 19 de octubre de 2005, siendo esto último de relevancia absoluta para determinar la validez de la prueba recolectada a través del operativo realizado a los imputados. Esto es vital, pues en un Estado Democrático de Derecho, en el cual se aplica un sistema marcadamente acusatorio, cada una de las partes tiene una función asignada, la cual no puede ser ignorada, delegada o atribuida a alguien más, pues es una garantía para las personas sometidas a un proceso penal. Tomando como punto de partida lo anterior, debe señalarse que el caso que nos ocupa no es un simple hallazgo de droga, sino que policialmente se realiza un operativo, donde se negocia la compra de droga con la entrega de dinero, el cual llega a mostrarse a los imputados con el fin de hacer un intercambio de éste por la droga, culminando con la detención de dos personas por el supuesto delito de venta de droga. Tal vez el primer punto a establecer, es la función de la Policía de Control de Drogas en el presente caso. De acuerdo con la resolución 316 de las 9:03 horas del 16 de mayo de 2003 emitida por esta Sala de Casación, cuando la policía administrativa cumple funciones de policía judicial, así como lo señala el artículo 284 del Código Procesal Penal, debe atender a las disposiciones que éste y la ley contengan para el desempeño de su cargo. En el presente caso, la Policía de Control de Drogas, debió someterse a la dirección funcional comprendida en los artículos 68, 69 y 283 del Código de rito, con el fin de asegurar el éxito de la investigación. Esto tiene su razón de ser en un sistema procesal marcadamente acusatorio, como el nuestro, en el hecho de que es el ente fiscal quien debe ejercer la acción penal y requerir el auxilio jurisdiccional en los casos donde

sea indispensable el control del juez del procedimiento preparatorio, según lo establece el artículo 62 del Código Procesal Penal. Además de esto, el Ministerio Público es quien debe mantener la objetividad de la investigación, tal y como lo prescribe el numeral 63 del cuerpo normativo en mención; todo lo cual se pasó por alto en el caso que nos ocupa, pues es hasta el 19 de octubre de 2005 cuando los oficiales de la Policía de Control de Drogas avisan al Ministerio Público que los dos imputados son detenidos después de la transacción de droga, sin que haya tiempo para que dicho órgano pueda llamar a la autoridad jurisdiccional correspondiente, si así lo estimare necesario. De esta manera lo tuvo por probado el Tribunal, cuando señala que: “Una vez hecho el contacto entre el imputado HIDALGO HIDALGO y el Agente encubierto Murillo Chacón, habiéndose finiquitado la transacción de los cuatro paquetes rectangulares conteniendo clorhidrato de cocaína y habiendo observado el imputado HIDALGO HIDALGO el dinero en efectivo que se le entregaría, el imputado HIDALGO HIDALGO se comunicó a través del teléfono 369-01-72 con el imputado ROJAS SANCHEZ, quien se encontraba en las cercanías el (sic) sitio, esto con el propósito de que se acercara al parqueo aludido y le entregara al Agente encubierto Murillo Chacón los paquetes con la cocaína [...]” (cfr. Folios 172 a 173). Si bien es cierto, esta Cámara es del criterio que no toda actividad policial debe contar con la presencia de un juez, de acuerdo con la normativa procesal, en este caso concreto, donde se iba a hacer una compra controlada de droga, la cual con posterioridad se incorporaría al debate como prueba, pues se había transado el intercambio de ésta por una suma de dinero a iniciativa de la policía, su presencia era indispensable. 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 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 de las respectivas requisas, la entrega del dinero a los oficiales y la compra controlada a los imputados. Esto con el fin de que pudiera ser utilizado como prueba irrefutable de la transacción y el destino de la droga, para que el Tribunal pudiera fundamentar adecuadamente su sentencia. Lo anterior resulta

indispensable debido a que los juzgadores, aunque dentro de la parte dispositiva indicaron que la condena se da por el delito de posesión de droga para el tráfico, dentro de los considerandos, la fundamentación intelectual que efectúan gira en torno a la confirmación del hecho delictivo por la existencia de una venta de droga y no por la cantidad del estupefaciente decomisado.

En cuanto a la forma en que debe realizarse la dirección funcional, la Sala Tercera de la Corte dispone que debido al sistema procesal que nos rige, marcadamente acusatorio y con una importante inclinación a la ausencia de formalidades innecesarias y a dar preeminencia a la oralidad, la dirección funcional puede darse oralmente, mediante gestiones verbales o telefónicas, y es importante que exista una constancia de ello en el expediente: Incluso, tratándose de casos urgentes, no podrían obstaculizarse el inicio ni avance de las investigaciones por la necesidad de tener que asentar por escrito las instrucciones giradas por el fiscal a la Policía (S 290-07 de las 11:25 hrs. del 21-03-07 de la STC)

4) Criterio del fiscal en la negociación de salidas alternas

En cuanto a la negociación y acuerdo de salidas alternas al proceso o a la pena, la Sala Tercera y el Tribunal de Casación han puesto énfasis en la importancia de la participación del Ministerio Público. En el caso de una conciliación donde el fiscal externó su inconformidad, sin que la misma se hubiera tomado en cuenta; señaló que si bien la voluntad del Ministerio Público, en ese tipo de acuerdos, no tenía la misma trascendencia que la voluntad de los sujetos directamente involucrados, no podía dejarse de lado, dado que al fiscal le correspondía velar por la legitimidad volitiva y jurídica del convenio. Por esta razón, en los casos en que medie oposición, el juez tiene la obligación de pronunciarse al respecto:

[...] debe dejarse en claro que en una solución procesal como es la conciliación, lo principal es el acuerdo de las partes involucradas, las cuales, como es sabido, consisten en la parte ofensora y la perjudicada; esta última representada por las víctimas (personas físicas o jurídicas) o, si no pueden ser individualizadas, por el Ministerio Público. Es decir, el papel de este último es de menor trascendencia con relación a la importancia esencial de la voluntad de aquellos a la hora de forjar un acuerdo conciliatorio. III- Sin embargo, no cualquier acuerdo conciliatorio es conforme a Derecho por la sola circunstancia de haber

sido tomado por las referidas partes principales, porque bien podría acontecer que no haya sido legítimamente alcanzado (piénsese en el engaño o la violencia, sea moral o física) o que resulte contrario al ordenamiento jurídico. Es en estos aspectos que la participación del Ministerio Público en la vicisitud toma importancia primaria, pues debe velar por la legitimidad volitiva y jurídica del convenio. De modo que la intervención del órgano fiscal, si bien no a nivel de parte en algunas situaciones, puede asumir relevancia tal que llegue incluso a impedir la homologación del acuerdo por parte del Tribunal. IV- Ante tal posibilidad, no basta sencillamente como en este asunto que el Tribunal se limite a indicar que “[...] el fiscal de juicio se opuso a aceptar el acuerdo conciliatorio(acta de folios 649, 650 y 651 frente)” (folio 657), sin entrar a analizar su razones y sin ni siquiera declarar su improcedencia. Esa forma de actuar lesiona gravemente el papel que, conforme se dijo, debe cumplir el Ministerio Público en tales escenarios, reduciendo la audiencia que se le otorga sobre la cuestión, a una simple formalidad indiferente al contenido de su posición, ya que a favor o en contra, solamente se toma nota sin mayor atención a las razones. Esto no puede sino redundar en daño de los intereses por los que debe velar ese órgano, constituyendo en verdad, amén de un defecto en la construcción del proveído, un atropello contra el artículo 12 del Código Procesal Penal, el que garantiza la inviolabilidad de la defensa de los intereses de cualquiera de las partes en el proceso. V- Por consiguiente, debe declararse con lugar el primer motivo del recurso en mención, anulando la resolución recurrida y ordenando el reenvío de la causa para nuevo trámite conforme a Derecho.

(S 389-02 de las 8:45 hrs. del 3-5-02 de la STC).

En otro caso, el sentenciado interpone un recurso de revisión contra la sentencia que le impuso la pena de 9 años de prisión, por el delito de venta de drogas, y alega, entre otros asuntos, que el Ministerio Público se había opuesto al procedimiento abreviado, en virtud de su condición de reincidente por tráfico de drogas.

La Sala Tercera se refiere a la importancia de la venia del fiscal para pactar el procedimiento abreviado, señalando que si bien el fiscal debe externar las razones de su oposición, el control jurisdiccional solo debía atender a aquellos casos de evidente arbitrariedad, ilegalidad o irracionalidad, como por ejemplo, en

supuestos donde el mismo se deniegue por razones de raza, creencias religiosas, nacionalidad u otras características personales del imputado, de las que se infiera un trato discriminatorio:

[...] conforme lo ha expresado la Sala en otras oportunidades: “[...] la posibilidad de optar por el procedimiento abreviado no constituye “[...] un derecho del imputado, sino una posibilidad para las partes penales (encartado por una parte, y, por la otra, Ministerio Público y/o querellante), en cuya concreción es necesaria la venia común, según se lee del artículo 373 del citado cuerpo legal. Este acuerdo, conjunto o por separado, debe ser expreso e indispensable, pues exigir al tribunal el decreto de aplicación de ese trámite sin el asentimiento del actor penal, como lo sugiere el recurrente, es expropiar a este su acción; y hacerlo sin el acuerdo del imputado, es negarle a este la posibilidad de ser enjuiciado y disfrutar de las garantías inherentes, cosa incluso más arbitraria que la primera”. (Voto 842-98, de 8,55 hrs. de 4 de setiembre de 1998). De igual modo, en el voto 843-98, de 8,57 hrs. de 4 de setiembre del mismo año, se indicó que la negativa del Ministerio Público ante la propuesta del abreviado, no es susceptible de control jurisdiccional, y deberá ser respetada, “[...] salvo que se apoye en criterios del todo arbitrarios, subjetivos, irracionales o contrarios a derecho[...].”[...] Así, si bien es cierto el Ministerio Público se encuentra obligado a externar las razones de su oposición, también lo es que para calificarla como arbitraria, subjetiva o contraria a derecho, debe recurrirse a criterios restrictivos, en tanto aquel es el titular de la acción penal [...] ameritan esos calificativos las razones fundadas, por ejemplo, en la raza, la nacionalidad, las creencias religiosas u otras características personales del imputado, de las que se infiera que nos hallamos ante meros actos discriminatorios, rechazados abiertamente por el ordenamiento jurídico. De igual modo, cuando el órgano acusador se conforme con expresar una negativa, sin fundamentarla, es deber de los juzgadores requerirle que exponga con claridad las razones de política criminal que la sustentan, valorarlas en los estrechos límites que aquí se han hecho notar –que solo persiguen la interdicción de la arbitrariedad- y consignarlas en el acta correspondiente” (Sentencia No. 1211-99 de 9:50 horas de 24 de setiembre de 1999). En la especie, el órgano acusador motivó con claridad su oposición a seguir el procedimiento que se intentó pactar,

pues Paniagua Tenorio cometía por segunda vez el mismo delito y no solo eso, sino que en la primera oportunidad se acogió a un proceso abreviado (según se aprecia de la pena inferior al mínimo que le fue impuesta y consta en el folio 381). En estas condiciones, no puede estimarse que la postura del Ministerio Público se apoye en ninguna consideración discriminatoria constitucionalmente proscrita, sino en razones político criminales justificadas con arreglo a la situación personal específica del acusado. Así las cosas, se declara sin lugar en todos sus extremos la revisión promovida.

(Sentencia número 423-05 de las 9:10 hrs. del 20-05-05 de la Sala Tercera de la Corte).

En el mismo sentido, se resolvió en la sentencia 890-07 de las 14:05 hrs. del 30-08-07 de la misma sala, donde se indicó:

Esta Sala ha señalado en forma reiterada, que la aplicación del procedimiento abreviado no constituye un derecho fundamental del imputado, únicamente consiste en una posibilidad para las partes. Asimismo ha señalado esta Sala que la decisión del Ministerio Público de negociar un procedimiento abreviado es discrecional, dicha decisión sólo puede someterse a control jurisdiccional cuando se apoye en argumentos arbitrarios e ilegales. De lo contrario, no es lícito que un Tribunal de la República obligue al Ministerio Público a pactar un procedimiento abreviado, pues es una opción que debe ser voluntaria. Véase en ese sentido las sentencias de la Sala Tercera Números: 321-2007 de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007; N° 218-2007 de las 09:30 horas del 14 de marzo de 2007; 730-2006, de 11 de agosto de 2006, 926-2002 de las 9:25 horas del 20 de septiembre de 2002. No observa esta Sala que la negativa del Ministerio Público en consentir la aplicación del procedimiento abreviado en la audiencia preliminar haya sido arbitraria. Todo lo contrario. El Ministerio Público estimó importante, criterio que esta Sala avala como algo absolutamente razonable, escuchar la opinión de la víctima, para efectos de tomar una decisión en cuanto a la aceptación de aplicación del procedimiento abreviado. Al no encontrarse la víctima presente en ese momento, el Ministerio Público optó por no consentir la aplicación del procedimiento en cuestión. Obsérvese que escuchar a la víctima resulta absolutamente

válido, procedente y deseable en delitos sexuales como el presente, donde la víctima resulta ser una persona menor de edad. En otro orden de ideas, el Ministerio Público actuó conforme al ordenamiento jurídico al rechazar la aplicación del procedimiento abreviado en la etapa de debate. El artículo 373 del Código Procesal Penal es muy claro en señalar que uno de los requisitos básicos de admisibilidad del procedimiento abreviado consiste en proponer su aplicación “hasta antes de acordarse la apertura a juicio”, por lo que en el presente asunto, habiéndose superado esa etapa procesal, resultaba extemporáneo solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, pues ya el momento para su aplicación había precluido. La Sala Constitucional señaló expresamente en el Voto # 9978-2004, de las 8:31 horas del 8 de setiembre de 2004, en lo que interesa, lo siguiente: “ En efecto, lo que se sostuvo en dicha resolución y se mantiene ahora es que resulta válido limitar la posibilidad acogerse a un proceso abreviado, porque ello se ajusta a la lógica del sistema procesal penal actual en el sentido de que –tal y como se dijo– no solamente se trata de etapas que precluyen de forma sucesiva, sino porque además, esa limitación protege en principio el derecho fundamental a un juez imparcial, que se lesionaría si un tribunal toma conocimiento y opinión sobre un caso por la vía de la valoración de un proceso abreviado, y luego ese mismo tribunal realiza el juicio oral sobre el caso. ” (Nota: la negrilla fue suplida). Por otra parte, la Sala Constitucional no estimó en el voto en cuestión que la referida norma fuere inconstitucional, encontrándose la misma plenamente vigente. La Sala Tercera también tuvo oportunidad de referirse al voto mencionado de la Sala Constitucional, mediante resolución 2006-00246, de las 15:35 horas del 27 de marzo de 2006, en la cual expresamente señaló lo siguiente: “[...] En esta sede, como sustento de su reproche, el recurrente hace alusión al voto de la Sala Constitucional # 9978-2004, de las 8:31 horas del 8 de setiembre de 2004. No obstante, es necesario aclarar que a dicho fallo no se le pueden otorgar virtudes que del mismo no se desprenden, pues lo que hace esa Cámara a través del mismo, es mantener el criterio externado en la sentencia # 02989-00 de las 15:24 horas del 12 de abril 2000, en la que se estimó válido limitar la posibilidad de acogerse a un proceso abreviado en juicio [...]. lo que busca la Sala Constitucional es proteger el derecho de las partes a la imparcialidad del Juez [...]”. Con base en lo expuesto, considera esta Sala que a C.V.J. no se le causó ningún

agravio, pues no se cumplía con uno de los supuestos establecidos en el artículo 373 del Código Procesal Penal para que procediera la aplicación del procedimiento abreviado, como lo era que el Ministerio Público manifestara su conformidad, negativa que como se indicó, obedeció a razones legales y de política criminal justificadas.

Sobre la oportunidad procesal para poder negociar un procedimiento abreviado, resulta de aplicación la circular 31-2006 de la Fiscalía General de la República que en lo que interesa señala:

Los asuntos que corresponde juicio unipersonal y que se trate de flagrancia, en que no haya multiplicidad de víctimas, en que no proceda la aplicación del criterio de oportunidad, al momento de la indagatoria o a la mayor brevedad, se le propondrá al imputado y su defensor la aplicación del procedimiento abreviado con el rebajo del tercio de la pena mínima, se le dará un plazo de 10 días para que lo acepte, vencido este, no se accederá a su aplicación.

También se resolvió que no es posible prescindir de la presencia del Ministerio Público en la negociación de una reparación integral del daño, aunque se esté ante un delito de víctima individualizada, por cuanto el Ministerio Público, en virtud del diseño acusatorio del proceso, es un órgano esencial y, como tal, debe tener un papel protagónico. De manera que aun cuando en la reparación integral del daño, el criterio del ministerio fiscal no vincula al tribunal, en el caso de los delitos donde exista una víctima individualizada, (en la especie, la figura del robo simple

con fuerza sobre las cosas) sí tiene particular relevancia como órgano encargado de emitir criterios de política de persecución penal⁴⁰.

40 [...] si bien ha existido discusión sobre la necesidad de la anuencia del Ministerio Público para aplicar la reparación integral del daño, todo de conformidad con la interpretación que se haga del numeral 30 inciso j- del Código Procesal Penal, lo cierto es que no es posible prescindir en la audiencia oral – tal y como ha sucedido en la especie – del criterio del Ministerio Público. En efecto, conforme con el numeral de cita 30 inciso J- del Código Procesal Penal, una de las causas de extinción de la acción penal es precisamente la reparación integral del daño. El artículo de cita refiere: “Causas de extinción de la acción penal. La acción penal se extinguirá:[...] Inciso J-): Por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, siempre que el Ministerio Público o la víctima lo admitan según el caso”. Tal y como lo expone el autor nacional Llobet, en *Proceso Penal Comentado*, Editorial Jurídica Continental, Segunda Edición, página 107, dicho artículo se ha prestado a diversas interpretaciones, especialmente en lo que hace a la participación del Ministerio Público en la figura de la reparación integral del daño. Indica el autor nacional de cita lo siguiente: “El artículo se ha prestado a una serie de interpretaciones en cuanto a la admisión de la reparación integral. Así se ha dicho por algunos que la aceptación corresponde a la víctima en los delitos de acción privada y al M.P. cuando se tratase de un delito de acción pública. Sin embargo, ello supondría que cuando se tratase de un daño particular quien decidiría sobre la aceptación de la reparación no es el directamente interesado, sino el M.P. Una segunda interpretación que se ha sostenido es que en los supuestos de daño particular es la víctima la que debe admitir la reparación, mientras que en los delitos en que se produce un daño social le corresponde a la Procuraduría General de la República, puesto que a esta le corresponde ejercer la acción civil por daño social. (art. 38 C.P.P. Lo anterior a pesar de que el Código menciona al Ministerio Público y no a la Procuraduría, como al que le corresponde admitir la reparación. Sin embargo, dicha interpretación va en contra del texto de la ley, la que le otorga al Ministerio Público y no a la Procuraduría la admisión de la reparación (art. 2 C.P.P). Por otro lado, no debe olvidarse que tanto el M.P. como la Procuraduría son representantes del Estado, y que la reparación aceptada tiene por efecto la extinción de la acción penal, resultando que es al M.P. al que le corresponde fundamentalmente lo relativo a la promoción y al ejercicio de la acción penal (art- 16 C.P.P). Por ello no es ilógico que sea el M.P. y no la Procuraduría quien admita la reparación. Nótese que el M.P. debe valorar si admite la reparación integral ofrecida desde el punto de vista político criminal (fundamentalmente conforme a criterios de prevención general positiva y de prevención especial). En el voto 6753. 98 del 22/9/98 de la Sala Constitucional se hizo referencia a la anuencia del Ministerio Público, no mencionándose a la Procuraduría General de la República, lo que es concordante con lo dicho arriba y con el texto de la ley. Sin embargo en el voto 401- 2000 del 19-5-2000 del Tribunal de Casación Penal, se hizo referencia a la necesidad de acuerdo del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la República”. (cf. texto indicado). De lo anterior deriva que el tema de la participación de la víctima, tanto de aquellas debidamente individualizadas, como en los casos de los delitos que afectan intereses difusos o colectivos, es una cuestión de permanente actualidad, y que suscita discusiones en el proceso. En el caso concreto, es evidente que el Tribunal aún cuando se estaba ante un delito que había sido calificado por el Ministerio Público como robo simple con fuerza sobre las cosas, (cf. acusación a folios 20 a 24), el ofendido estuvo sin la debida asesoría de parte alguna, la cual podría habersele brindado por el Ministerio Fiscal, lo que no se hizo aceptando unas disculpas a modo de reparación simbólica. Por otra parte, igualmente ha existido un vicio procesal que invalida lo actuando en cuanto la audiencia de realizó sin la presencia del fiscal, en abierta violación de los numerales 16 y 178 inciso c- del Código Procesal Penal. En consecuencia, se dispone la nulidad de la sentencia recurrida y se ordena el reenvío para nueva substanciación conforme a derecho (S 1089-04 de las 10:50 hrs. del 21-10-04 del TCP).

5) Enmienda del superior jerárquico

El artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala que el superior jerárquico podrá enmendar mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza o que se haga cargo de la continuación del procedimiento. Sobre este tema, la Sala Tercera de la Corte ha interpretado que, en los casos en que el fiscal en el juicio hubiera solicitado absolutoria, el superior, si así lo estima conveniente, puede enmendar lo actuado y plantear un recurso de casación:

El [...] Fiscal General de La República, interpone recurso de casación contra la sentencia absolutoria de las "16:00 hrs". del 1º de noviembre del año anterior, dictada en favor de G.F.A.M. por el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José y en la cual se le absuelve de toda pena y responsabilidad por los tres delitos de homicidio calificado que se le atribuían como acusación principal, y del delito de favorecimiento real que se le imputó en forma alternativa. El máximo jerarca del Ministerio Público recurre pese a que uno de los fiscales actuantes en dicho juicio, al momento de emitir sus conclusiones –y según la división de funciones que se había acordado entre tales representantes del órgano acusador-, solicitó la absolutoria en lo que respecta a los tres homicidios y lo hace al amparo del numeral 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Efectivamente existe legitimación del recurrente para acudir a esta vía, pues su condición de máximo representante del Ministerio Público le permite discrepar de la opinión o actuación vertida por los fiscales, quienes, en virtud de la ley que regula dicho órgano, actúan por delegación y en su representación, debiendo acatar las directrices emanadas del superior jerárquico. Si bien es cierto en juicio el fiscal opina y actúa según su criterio propio –artículo 14–, el numeral 18 citado permite al Fiscal enmendar las actuaciones, pronunciamientos o solicitudes del fiscal inferior mediante dictamen fundado, siempre y cuando no se haya dictado la resolución correspondiente. Cuando esto último ocurriera, el Fiscal General podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público que interponga los recursos que la ley autoriza o asuma el procedimiento.

Por las características de organización propias del Ministerio Público, jerárquicamente estructurado, cuyos funcionarios –como se apuntó– actúan “siempre por delegación y bajo la dependencia del Fiscal General” (numeral 15 de la Ley Orgánica), es un hecho que si el Fiscal General puede ordenar a un representante del Ministerio Público que o bien asuma el procedimiento o interponga los recursos correspondientes, bien puede hacerlo él directamente, como ocurre en este caso y por ello, existe legitimación del accionante para acudir a esta sede e impugnar el fallo dicho.

(S 826-00 de las 10:05 hrs. del 21-07-00 de la STC. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 825-01 de las 10:24 hrs. del 24-08-01: 796-07 de las 09:00 hrs. del 10-08-07 y 909-98 de las 14:34 hrs. del 29-09-98 de la misma Sala. En igual sentido, la sentencia 06-06 del Tribunal de Casación Penal de San José).

Contrario a esta posición, en otros fallos, el Tribunal de Casación Penal de San José ha señalado que, en los casos en que el fiscal haya solicitado la absolutoria en juicio, el superior no puede recurrir, por cuanto no existe agravio alguno para el Ministerio Público:

*[...] la fiscalía valoró la prueba recibida en el debate y llegó a la conclusión de que ésta no daba base para pedir una condena contra el joven imputado. En consecuencia, es evidente que la sentencia recurrida no le causa agravio alguno al Ministerio Público, porque el asunto fue resuelto conforme a lo solicitado por dicho órgano en la audiencia oral y porque, de haber existido alguna deficiencia en la valoración de la prueba, es indudable que la fiscalía contribuyó de manera determinante a causarla. Si el Ministerio Público solicitó que se absolviera al imputado y la juzgadora acogió su pretensión en la sentencia, no se le ha causado un agravio a dicho órgano que pueda justificar la nueva pretensión que se plantea en el recurso. Por ello, se debe aplicar el artículo 424 del Código Procesal Penal, en tanto dispone que: “Las partes solo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo.” Es verdad que en la especie se aduce que la impugnación está basada en lo establecido por el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone lo siguiente:” **Artículo 18. Enmienda.** El superior jerárquico podrá enmendar, mediante*

dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento.” Sin embargo, considera esta cámara que tampoco la mencionada facultad de enmienda es suficiente para darle cabida al recurso bajo análisis. En efecto, el Ministerio Público tiene una organización que se rige por los principios de unidad de actuaciones y de jerarquía (artículos 1 y 14 de la Ley Orgánica de dicho ente), conforme a los cuales debe interpretarse el artículo 18 de esa misma Ley. Así, pues, el párrafo primero del artículo 18 se refiere que el superior jerárquico puede enmendar los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. No obstante, en este asunto se dictó la resolución sin que el superior jerárquico corrigiera la solicitud del fiscal de juicio. Por su parte, el párrafo segundo de dicha norma indica que, una vez dictada la resolución, el superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento. Pero —a nuestro entender— ello solo es aplicable cuando se dicta una resolución desfavorable para Ministerio Público a pesar de que oportunamente se haya enmendado el pronunciamiento o la solicitud del inferior. Para esta cámara, los párrafos no están desvinculados el uno del otro, sino que, por el contrario, la forma correcta de entender el segundo es partiendo de la recta aplicación del primero. Por consiguiente, queda claro que el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no permite exonerar a este órgano de las consecuencias concretas derivadas del criterio con que hayan actuado sus fiscales en el ejercicio de la acción penal, salvo —como ya se dijo— que el criterio haya sido corregido por el superior jerárquico antes del dictado de la respectiva resolución, que no es lo sucedido en autos. En efecto, en ese asunto la fiscal pidió absolutoria en el debate y así fue resuelto por la jueza de mérito. El solo hecho de que, después de dictado el fallo, la superior jerárquica sostenga un criterio diferente y le haya ordenado a otra fiscal impugnar lo resuelto, no implica que el recurso deba ser admitido, porque los efectos de la solicitud de absolutoria ya se agotaron en el proceso, sin que haya base para considerar que al Ministerio Público le asista interés para recurrir.

*[Este criterio encuentra sustento, **parcialmente**, en lo resuelto por el Tribunal de Casación Penal mediante voto 2005-0412 de las 10:00 horas del 12 de mayo de 2005]. Por ende, el recurso debe ser declarado inadmisibles. Lo anterior es de aplicación en el presente asunto, en el cual el Ministerio Público pidió en las conclusiones que se ordenase una sentencia absolutoria a favor del imputado y efectivamente su petición fue acogida en sentencia, disponiéndose la absolutoria (folios 163-171). Por lo anterior corresponde declarar inadmisibles el recurso de casación presentado por el Ministerio Público.*

(Sentencia número 845-05 de las 8:35 hrs. del 1-09-05 del Tribunal de Casación Penal. En el mismo sentido, las sentencias 730-05 y 412-05).

Con una integración diferente, el Tribunal de Casación Penal de San José sostuvo en la sentencia número 6-06 de las 11:55 hrs. del 19-01-06, que sí es admisible la interposición del recurso de casación por parte del superior del fiscal, aun en los casos donde se hubiera solicitado absolutoria, siguiendo así la línea de la Sala Tercera de la Corte, lo cual no parece que modifica la posición que venía siguiendo, por tratarse de un pronunciamiento aislado y además porque posteriormente, en la sentencia 1060-06, el tribunal señaló:

*El tema medular que se propone nuevamente a esta Cámara de Casación, es el relativo a la posibilidad de recurrir aplicando la disposición de la enmienda jerárquica, atribución que le otorga el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público al superior jerárquico de esta institución. Sobre este tema ya ha habido varios pronunciamientos de este mismo tribunal en el que no ha sido unánime la respuesta. Por el contrario, se puede decir que han existido tres vertientes de resolución con base en la interpretación de esta norma. En ese sentido, el Voto **412-2005** de las 10:00 horas del doce de mayo de dos mil cinco, sostuvo que aún siendo admisible el recurso, lo que procedía era declarar sin lugar por haber contribuido el propio órgano acusador con el resultado de lo que luego se pretendió impugnar. En ese voto se dijo: “ Ciertamente la ley autoriza a la Fiscal Zamora Velázquez para sustituir al Fiscal Fernández Mora e interponer el recurso de casación, mas la ley no autoriza concederle la razón por su reclamo porque la parte a quien representan contribuyó a provocar el supuesto agravio que la decisión le causa, pero en vista de que “la*

parte” ha cambiado de criterio tras el dictado de la sentencia. Por las razones indicadas se debe declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto.” Por su parte, el voto **730-2005** de las 11:00 horas del tres de agosto de dos mil cinco, aún cuando comparte la posición del pronunciamiento anterior, respecto a la lectura que hace del artículo 18 en comentario, decide declarar la inadmisibilidad del recurso planteado argumentando lo siguiente: “ Para esta cámara, los párrafos no están desvinculados el uno del otro, sino que, por el contrario, la forma correcta de entender el segundo es partiendo de la recta aplicación del primero. Por consiguiente, queda claro que el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no permite exonerar a este órgano de las consecuencias concretas derivadas del criterio con que hayan actuado sus fiscales en el ejercicio de la acción penal, salvo –como ya se dijo– que el criterio haya sido corregido por el superior jerárquico antes del dictado de la respectiva resolución, que no es lo sucedido en autos. En efecto, en ese asunto la fiscal pidió absolutoria en el debate y así fue resuelto por la jueza de mérito. El solo hecho de que, después de dictado el fallo, la superior jerárquica sostenga un criterio diferente y le haya ordenado a otra fiscal impugnar lo resuelto, no implica que el recurso deba ser admitido, porque los efectos de la solicitud de absolutoria ya se agotaron en el proceso, sin que haya base para considerar que al Ministerio Público le asista interés para recurrir.” Por último, el voto **06-2006** resolvió en forma contraria a los dos anteriores, declarando que sí es válida la interposición de un recurso de casación aplicando la enmienda jerárquica. En este último pronunciamiento se dijo lo siguiente: “ es claro que el legislador le reconoció al Ministerio Público la facultad de enmienda, esto es, la posibilidad de que el fiscal superior rectifique los pronunciamientos o solicitudes del inferior. Para ello, reguló dos hipótesis diversas, a saber: (i).- En el párrafo 1º se contempla esa enmienda en aquellos supuestos en los cuales, una vez emitido el pronunciamiento o la solicitud del fiscal inferior, el superior jerárquico interviene antes de que el órgano jurisdiccional dicte la resolución correspondiente o correlativa a esa gestión. En tal supuesto se requiere que ese fiscal superior presente un dictamen fundado en el cual indique el error o errores en que incurrió su subalterno, todo ello con el claro fin de que el juzgador lo pueda tomar en cuenta de previo a adoptar la decisión correspondiente; (ii).- En el párrafo segundo se describe el trámite a seguir cuando, una vez formulada la gestión o

solicitud del fiscal inferior, así como la enmienda de su superior, ya se dictó la resolución jurisdiccional correspondiente. Pero no sólo se regula esta situación (que estaría directamente vinculada a la hipótesis prevista en el párrafo 1º, es decir, a aquellos casos en los que sí se formuló el dictamen rectificatorio del fiscal superior), sino que en general se contempla la posibilidad de enmienda “cualesquiera” que sea la resolución dictadas de donde debe comprenderse que la posibilidad de enmienda a través de la formulación de un recurso no presupone que se haya cumplido con el trámite previsto en el primer párrafo de este artículo 18 que se comenta .” Ahora bien, la interpretación de que aquí se parte para resolver el presente recurso de casación, es que la enmienda jerárquica que dispone el tantas veces mencionado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial no excepciona las reglas y principios generales del proceso penal costarricense, que tienen más relevancia que la posibilidad de que un fiscal de mayor jerarquía tenga un criterio distinto que el inferior. Es así como por vía de la interpretación del instituto de la enmienda, no pueden violentarse los principios de seguridad jurídica, derecho de defensa del acusado, oralidad e inmediación del juicio. Si durante el desarrollo del debate el encargado de la persecución penal en ese momento, valora que no puede sostener la pretensión punitiva y en consecuencia, solicita una sentencia absolutoria, la otra parte no puede ejercer su derecho de defensa en forma correcta porque no hubo controversia entre las partes, qué mayor inseguridad se le puede ocasionar a un acusado, que luego venga otro fiscal, que sin haber estado en el juicio y sin haber dado oportunidad al juzgador de conocer otra alternativa de decisión, plantee un recurso de casación porque sostiene otro criterio. En realidad, la existencia de la enmienda prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público lo que permite es que antes de resolverse un tema, el superior jerárquico cambie lo solicitado por el inferior, con la intención de permitirle al juzgador tener otro punto de vista previo a resolver. Ahora bien, la segunda parte de este artículo, como lo indicó el voto 730-05 antes citado, no puede leerse en forma independiente del primer supuesto, ya que lo establecido en el segundo párrafo, es para que no sea el fiscal inferior que tenía una posición diferente quien recurra, sino que precisamente, por respeto a la integridad profesional de cada representante del Ministerio Público, no se le exija a un fiscal que haga un reclamo en contra del criterio

que ya externo. Tampoco se debe dejar de lado que los medios de impugnación regulan expresamente el tema del interés para impugnar, entendiendo que no puede recurrir quien hubiera contribuido a provocar el agravio y el instituto de la enmienda no excepciona este principio. Este aspecto hace que el recurso resulte inadmisibile por ausencia de legitimación e interés para recurrir de parte del superior jerárquico del Ministerio Público y así se declara.

6) Vinculatoriedad de la solicitud planteada por el Ministerio Público en el juicio oral y público

La jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José ha ido más allá al considerar que en los casos en que el Ministerio Público solicite la absolutoria, el tribunal de juicio no puede de ninguna manera condenar, porque eso contraría el principio acusatorio. Al respecto, ha señalado que al retirar la acusación el actor penal, no es factible para el juez emitir una condena, excepto en los casos donde se haya formulado una querella, y la víctima mantenga su pretensión punitiva al emitir las conclusiones en el juicio oral, en virtud del principio acusatorio que informa el nuevo procesal penal. Se indica que si bien la doctrina tradicionalmente ha sostenido que la solicitud de absolutoria del Ministerio Público, una vez celebrado el juicio, no es una declinación de la instancia ni una renuncia a la misma, ello obedece a la cultura inquisitiva que otorga gran poder al juez, vulnerándose tanto el principio acusatorio, como el principio de imparcialidad. Lo anterior sucede por cuanto el principio acusatorio supone no solamente que el fiscal ha presentado acusación, sino además que en las conclusiones reitere su posición, de modo que pida el dictado de una sentencia condenatoria. Se estima que en el debate el Ministerio Público establece en definitiva su posición. Si bien la acusación se formula luego de terminado el procedimiento preparatorio, no tiene un carácter definitivo, en virtud de que obedece a un juicio de probabilidad.

Por el contrario, la petición condenatoria realizada en el debate, debe basarse en un juicio de certeza sobre la culpabilidad del imputado, a partir de las probanzas recibidas. Si el juez dicta una condenatoria, a pesar de la solicitud de absolutoria del Ministerio Público o el querellante, abandona su papel de tercero imparcial decisor, asumiendo propiamente la función acusadora. Tampoco el juez puede fijar una pena mayor a la solicitada por el fiscal. Claro está, el Ministerio Público está obligado a actuar en los márgenes de la legalidad y no puede disponer de

la acción, si no es con base en los presupuestos de oportunidad establecidos. Si se llegara a acuerdos ilegales que llevaran, por ejemplo, a la petición de una absolutoria, a pesar de que debería haber solicitado una sentencia condenatoria, estaría incumpliendo sus deberes, lo que podría acarrearle responsabilidad disciplinaria e incluso penal.

(Sentencias número 201-06 de las 10:55 hrs. del 9-03-06 y 88-07 de las 15:45 hrs. del 26-01-07 del Tribunal de Casación Penal. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 759-05, 412-05 y 730-05).

Ese criterio fue modificado por sentencias 1382-07, 1052-07, 1468-07, 1382-07 del Tribunal de Casación Penal, donde señalan que el tribunal sí puede condenar a pesar de la solicitud de absolutoria del Ministerio Público. En ese sentido, se pronunció el Tribunal de Casación Penal de San Ramón en las sentencias 29-07 y 53-07.

Por su parte, la Sala Constitucional en las sentencias 11621-07 y 11920-07, se pronunció en el sentido de que no resulta inconstitucional que el Tribunal de Juicio condene a pesar de la solicitud de absolutoria del Ministerio Público, en virtud de que no se lesiona el principio de imparcialidad del juzgador. Señaló la Sala:

Tal y como quedó claro de las amplias transcripciones de la jurisprudencia de este órgano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la infracción del deber de imparcialidad se concreta al existir algún acto o actuación del juez que desvirtúe o al menos levante claras dudas sobre su objetividad para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento. Dicha doctrina apunta claramente a afirmar que el juez que se ha expresado inequívocamente en alguna etapa anterior del proceso, respecto de la participación y responsabilidad del imputado en una situación fáctica o jurídica en discusión, es un juez que no puede llamarse imparcial por haber perdido la objetividad. 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, contrario a lo que indica, 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. A partir de allí, lo que sigue es la captación de todos los elementos probatorios que se aportan por los diferentes órganos de prueba y, luego, escucha igualmente las conclusiones (y no por casualidad así las llama el Código) que consisten básicamente en una valoración y el enjuiciamiento jurídico que cada parte hace de lo ocurrido, todo al tenor del artículo 356 del Código Procesal Penal... Lo que resta entonces es el dictado de sentencia que -conforme se tiene dicho- se hará con base en lo que el juez ha tenido por demostrado en la audiencia y atendiendo a los criterios jurídicos que considera aplicables al caso y prestando atención a las alegaciones de las partes. Queda claro entonces que no existe indicio alguno que haga pensar que el juez dejó de ser objetivo, excepto si tomamos como tal el hecho de que haya condenado (o absuelto) al imputado, pero esa expresión es precisamente y más bien fruto de su actuar imparcial frente a lo que se le planteó. El juez ante la solicitud de absolutoria del Ministerio Público formulada en sus conclusiones, no pierde su competencia 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. En resumen, y para efectos del respeto del principio de imparcialidad como informante del debido proceso, la Sala no encuentra que en el caso planteado se produzca –de forma automática y necesaria– como lo pretende el recurrente, una infracción al principio de imparcialidad. Más bien, y como se explicó, tal infracción dependerá de si un caso específico se logra demostrar que efectivamente hay razones suficientes para entender que el juez ha tomado partido y perdido la objetividad que debe ostentar frente al caso que juzga.

(S 11621-07 de las 8:30 hrs. del 15-08-07)

7. Principio de jerarquía en el desistimiento del recurso de casación

En cuanto a la posibilidad que tiene el fiscal para desistir de un recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 430 del CPP y 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Sala Tercera de la Corte afirmó que para que sea procedente, en virtud del principio jerárquico y dada la gravedad de los

hechos que ahí se ventilan, debe ser gestionado en forma motivada, directamente por el Fiscal General o, al menos, la solicitud del fiscal debe estar refrendada con sustento autónomo por esa jefatura:

[...] la figura del desistimiento de los recursos de casación promovidos por el ente acusador, ha partido del supuesto de que el Fiscal que interviene en su trámite ostenta una posición jerárquica superior a la de aquel que ha recurrido el fallo de instancia. Tradicionalmente, esto encuentra justificación en los principios de unidad y jerarquía que caracterizan al Ministerio Público, según los cuales, la Fiscalía es única en el País y sus funciones las ejercen profesionales que actúan en representación delegada por el Fiscal General. Aplicado esto a la materia de los recursos, se comprende por la diversa gravedad de las infracciones punibles y ante la responsabilidad que implica declinar una impugnación promovida, que esa función se haya encomendado a Fiscales de amplia trayectoria, por ejemplo, la figura de los Fiscales del Tribunal de Apelaciones, que resultaban ser de una categoría jerárquica superior a la del Agente Fiscal (artículo 467, Código de Procedimientos Penales de 1.973). Así, aunque en el voto 190-2.001 recién citado, se acogió un desistimiento que formulara un Fiscal de Casación, la Sala estima conveniente replantearse lo resuelto. Al menos en lo que atañe a los recursos de casación promovidos por el Ministerio Público ante esta Sala, debe acotarse que si el legislador ha priorizado la intervención del Fiscal General en su trámite, ello ha sido así, por considerar que los delitos conocidos en esta instancia generalmente son de suma gravedad o se refieren a procesos complicados. Por eso, si por la naturaleza del asunto o por lo complejo de su trámite, existe un evidente interés público en su adecuada resolución –como indudablemente también debe existir en los recursos conocidos ante el Tribunal de Casación– resulta pertinente que sea el jerarca de la institución fiscal quien acuda ante el Tribunal de la materia que juzga los delitos de mayor gravedad, para hacer valer los intereses de su representado. Ahora bien, aún cuando en el actual sistema se atribuye al Fiscal General la función de asistir a las audiencias orales ante esta Sala (artículo 25 inciso I) de la Ley Orgánica citada), lo cierto es, que por el desempeño de sus múltiples ocupaciones - según ha indicado esa Autoridad - ha delegado su representación en una unidad especializada, conformada por un grupo de Fiscales que se

apersonan en esta sede y dictaminan lo que corresponda. No obstante, ello no puede implicar una autorización generalizada para desistir de las impugnaciones promovidas por otros fiscales, sean adjuntos, auxiliares, o fiscales propiamente dichos, pues la renuncia impugnatoria incoada por el ente acusador se fundamenta en una necesidad de control interno dentro del Ministerio Público, acerca de la forma y contenido de los recursos presentados por los fiscales. Precisamente, para evitar arbitrariedad la ley exige que el dictamen fiscal contrario a la impugnación, sea motivado, es decir, con exposición concreta de las razones objetivas que se oponen a continuar el procedimiento impugnatorio. Vistas así las cosas, para que el desistimiento fiscal del recurso promovido ante este Tribunal cumpla su función, debe gestionarlo directamente el Fiscal General, o al menos, la solicitud del fiscal actuante debe encontrar refrendo, con sustento autónomo, por dicho jefatura. Solamente de esta manera se evitarían inconsistencias insalvables, como sería, permitir el desistimiento de un recurso por parte de un fiscal que ostenta la misma jerarquía que el impugnante (lo que ocurre en la especie), o lo que resultaría absurdo, que un fiscal desistiera de un recurso incoado por un Fiscal Adjunto, pues en ambos casos no se cumpliría con el control interno de legalidad, al que tiende el instituto comentado (sobre el principio de jerarquía véase los artículos 1, 14 y 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Esto es importante, porque de acuerdo a la estructuración interna del Ministerio Público, éste lo encabeza el Fiscal General, pudiendo actuar en su lugar –por ausencias temporales- el Fiscal General Adjunto y luego en un nivel inferior, se ubican los Fiscales Adjuntos que dirigen y coordinan las funciones de los Fiscales y Fiscales auxiliares, existiendo entre estos últimos un vínculo similar, pues los auxiliares dependerán directamente de los Fiscales (artículos 20, 21, 25, 26, 29 y 30 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente). Otra posibilidad que resulta viable en el sistema de impugnación vigente y que se ajusta a la normativa que rige la actuación del Ministerio Público, consiste en que en lugar de gestionar directamente el desistimiento ante el Tribunal o Sala de Casación, los fiscales de la unidad especializada en esta materia previamente soliciten autorización al Fiscal General o al Fiscal General Adjunto o convoquen al Fiscal que interpuso la impugnación, para que la mantenga por su cuenta ante esta sede o la Superioridad designe a otro Fiscal que no discrepe del contenido

de la impugnación planteada, para que se apersona en el proceso y sustente los argumentos presentados originalmente. Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de constatar o no, si en el caso presente, el licenciado G.M. ostentaba o no alguna función jerárquica superior sobre quien recurre, licenciado V.V., mediante resolución de ésta Sala de 13:15 horas del 1 de noviembre de 2.001, se ordenó al Fiscal General de la República informar al respecto (cfr. folio 223). En lo que interesa, el licenciado [...] Fiscal General de la República, expresó que: “[...] los licenciados M.G.M. y V.J.V.V ocupan los puestos de Fiscal sin que entre ellos exista rango jerárquico mayor debido a que ocupan la misma jerarquía. Por último cabe indicar que el licenciado G.M. se desempeña como Fiscal en la Unidad de Casación y el licenciado V.J.V.V. funge como Fiscal en la Unidad de Sustracción de Vehículos, unidades que en sus funciones son totalmente independientes [...]” (Cfr. oficio agregado entre folios 227 a 228). De lo que se lleva expuesto en este Considerando, se colige que entre ambos profesionales no existía la relación de jerarquía explicada, pues ocupan puestos de similar rango en la institución fiscal. En consecuencia y no contándose con la aprobación del Fiscal General para proceder conforme se gestiona, lo adecuado es declarar sin lugar el desistimiento intentado.

(S 251-02 de las 9:45 hrs. del 15-03-02 de la STC).

CASOS RELACIONADOS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LA VÍCTIMA Y LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

Síntesis del caso

Se interpuso un recurso de casación por parte de los representantes del Ministerio Público R.S.C. y J.A.R.CH., contra la sentencia absolutoria dictada a favor de D.G.Z., reclamando el hecho de que el tribunal recibió prueba para mejor resolver en el debate, sin que durante la audiencia surgieran nuevas circunstancias dignas de aclarar. Los fiscales recurrentes señalan que esos testimonios de descargo fueron ofrecidos por el imputado desde su indagatoria: pero el juez del procedimiento intermedio no se pronunció en cuanto a ellos y dejó de admitirlos como prueba al debate.

¿Cómo califica usted la posición del fiscal? ¿Considera que cumple con los principios que rigen el ejercicio de su función?

Decisión del tribunal

La Sala Tercera de la Corte declaró sin lugar el recurso afirmando:

Varias consideraciones conviene hacer al respecto. La más notoria, pocas veces un irrespeto tan acentuado del derecho de defensa como en este caso, y, que encima, el Ministerio Público, no solo omita vigilar por el respeto a ese derecho, sino que recurra contra la actuación del tribunal de juicio que pretendió enderezar, aunque fuera de manera tardía. La prueba en discurso fue ofrecida desde la indagatoria misma (folio 7), sin que conste siquiera diligencia alguna para entrevistar esos testigos. Luego, a pesar de las constantes solicitudes del defensor para que se recibiera los mencionados testigos (folios 23, 26, 28, 39, 46, 49), el órgano judicial omitió toda referencia a ellos; y, al ordenar la apertura a juicio (folio 51), admitió otra prueba y no se pronunció sobre la testimonial. Ante este atropello, el defensor, de cuya diligencia en este asunto no cabe duda, solicitó aclaración y adición para que se incorporara la preterida prueba (folio 52), respondiendo el juzgador que esa resolución, “por ser un simple auto” carecía de adición y aclaración

(folio 56), cuando a tenor del artículo 147 (y se cuestionara, también del numeral segundo) del código aludido, ese proveído no solo tiene aclaración y adición, sino que hasta puede ser objeto de un recurso de revocatoria (artículo 320, párrafo final). Finalmente, conforme a ese mismo artículo, en detrimento de una oportuna admisión en el auto de apertura a juicio, el defensor reiteró una vez más su petición, ahora en la etapa de juicio. A esta altura, el tribunal atinadamente y para no extender el perjuicio procesal hasta entonces infligido, aceptó los citados testimonios, con base en los cuales absolvió. Durante todo este devenir, el Ministerio Público no tuvo intervención alguna, a pesar de ser evidente que le estaban cercenando los derechos procesales de la defensa y de su deber de actuar con objetividad (artículo 63). Por eso resulta sorprendente que el colofón de su pasividad, sea una casación contra la resolución del tribunal de juicio que rescató los derechos de la defensa del estado de postración en que habían sido colocados. Ningún perjuicio ha sufrido la parte recurrente. La única parte perjudicada con todo lo sucedido fue la defensa. La actuación del tribunal de juicio solo buscó aplicar la justicia que se había denegado. Por consiguiente, sería sumar una irracionalidad más a lo acontecido, decretar la nulidad solicitada, afectando los derechos mínimos de una de las partes (como es la proposición de pruebas), para observar una norma de trámite instrumental que encuentra en la misma ley la debida excepción, según se explicó. Debe llamarse severamente la atención al juez del procedimiento intermedio en razón de lo aquí apuntado.

(S 1315-99 de las 10:40 hrs. del 15-10-99 de la STC)

Síntesis del caso

El defensor particular del imputado A.G.F. interpone un recurso de casación, por vicios de forma, en contra de la sentencia que declaró a su patrocinado como autor de un delito de uso de documento falso, en perjuicio de la fe pública y le impuso la pena de dos años de prisión. Como primer motivo, aduce la falta de fundamentación intelectual, con base en los artículos 142, 363 inciso b), 369 inciso d) del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política. Reclama que el Ministerio Público aplicó un criterio de oportunidad en beneficio del imputado L.A.L.G., por colaborar con la investigación, sin respetar las formalidades del artículo 22 del código de rito, al omitir la autorización del fiscal superior jerárquico,

ya que no consta la firma de la fiscal adjunta del Tercer Circuito Judicial de San José, a la que se encuentra adscrita la Fiscalía de Puriscal. Además considera que esa aprobación es imperativa y no puede obviarse. Agrega que ese vicio fue atacado al inicio del debate, con el fin de que se subsanara.

A pesar de su gestión, el órgano de instancia rechaza su petición y resuelve que esa venia solo es necesaria en los presupuestos establecidos en los incisos a) y c) del mismo cuerpo de leyes, ya que producen la extinción de la acción penal de manera inmediata.

¿En su criterio, debía contar el fiscal con autorización del superior jerárquico?
¿Qué respondería a la argumentación de la defensa, con base en lo dispuesto en la circular 02-98?

Decisión del tribunal

De acuerdo con el artículo 22 del Código Procesal Penal, para que puede aplicarse un criterio de oportunidad en beneficio de un imputado con el fin de prescindir de su persecución penal, debe existir la autorización del superior dentro de la estructura del Ministerio Público conforme al principio de dependencia jerárquica dispuesta en los numerales 1 y 13 de la Ley Orgánica de ese órgano estatal. Esa pirámide funcional está encabezada por el Fiscal General de la República, quien es el jefe superior de esa entidad, encargado de emitir las instrucciones generales o especiales acerca de la interpretación y aplicación de la leyes. Para ese fin emana las circulares del Ministerio Público que complementan su funcionamiento y organización interna. En este sentido fue redactada la circular N° 02-98 del 13 de enero de 1998 de la Fiscalía General de la República, en donde dispuso lo siguiente: “12. AUTORIZACIÓN DEL SUPERIOR PARA APLICAR CRITERIOS DE OPORTUNIDAD. En el C.P.P., en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la Ley de Reorganización Judicial se indica que algunas actuaciones de los fiscales deben ser aprobadas por el superior. A tal efecto se debe tener presente que el fiscal es el superior del fiscal auxiliar en aquellas fiscalías donde no tiene asiento el Fiscal Adjunto. Donde tiene asiento el Fiscal Adjunto, éste es el superior tanto de los fiscales como de los fiscales auxiliares, correspondiéndole al adjunto tales aprobaciones. Las autorizaciones

serán por escrito y fundamentados. Sin perjuicio de su posterior remisión por las vías ordinarias, se comunicarán en forma expedita, pudiéndose utilizar la vía telefónica, telegrama o fax...”. En cuanto a la estructura organizacional, la Fiscalía de Puriscal está dentro de la Segunda Fiscalía Adjunta del Primer Circuito Judicial de San José, compuesta además por la Fiscalía de Desamparados, la Fiscalía de Hatillo y la Fiscalía de Pavas. Como puede verse, en el cantón de Puriscal donde nació el criterio de oportunidad acordado en beneficio de L. A.L.G., no existe un fiscal adjunto que deba aprobar el convenio, basta con la venia del fiscal coordinador. En el caso particular, en el acuerdo cuestionado visible en los folios 43 a 45, se consigna que los dos únicos fiscales de la zona actuaron conjuntamente, a saber, el licenciado G.Ch.Ch. y la licenciada M.C., uno como fiscal auxiliar y el otro como fiscal avalando la posición de su inferior, consolidando el convenio que se aduce como ilegal, por lo que no existe irrespeto a las normas y procedimientos del criterio de oportunidad.

(S 74-06 de las 10:25 hrs. del 3-02-06 de la STC).

Síntesis del caso

La fiscal interpuso un recurso de casación por la forma contra la sentencia que sobreseyó al imputado por el delito de hurto agravado, por considerar como uno de los motivos que era requisito necesario contar no solo con el consentimiento de la víctima, sino también con el acuerdo del Ministerio Público. Adujo que pese a que en este caso existía un ofendido individualizado que estuvo de acuerdo con la medida y que no sufrió actos de violencia alguna en su perjuicio, en razón de la gravedad del delito, la organización requerida y la gran afectación de los intereses de toda la ciudadanía, se trata de un ilícito que afecta intereses colectivos (sustracción de vehículos).

¿A su juicio, resulta legítima la posición de la fiscal? ¿Su criterio resulta vinculante?

Decisión del tribunal

El instituto de la reparación íntegra del daño es una de las medidas alternativas contenidas en el actual Código Procesal Penal, que produce la extinción de la acción sustantiva en los ilícitos de contenido

patrimonial, cuando el agente haya realizado su acción delictiva sin ejercer grave violencia – física o moral - sobre las personas y haya propuesto un plan reparador del daño causado, con la finalidad de otorgarle una mayor participación a los intereses del ofendido. Solo en el caso de que no exista una víctima plenamente individualizada, corresponderá al Ministerio Público aprobar la propuesta de la defensa, en aplicación del numeral 7 del mismo Cuerpo de Leyes. Esta Sala ha dicho que: “[...] Por delito de contenido patrimonial se entiende aquél cuyo dolo directo de primer grado está dirigido a afectar patrimonio particular o estatal, comprendiendo no solamente los delitos de la delincuencia tradicional en contra de la propiedad (por ejemplo el hurto), sino también delitos como el de peculado y de defraudación fiscal. Importante es que quedan comprendidos los delitos de robo con fuerza sobre las cosas, incluso supuestos de robo agravado [...] Nótese que por “grave” se entiende “grande, de mucha entidad o importancia” (Real Academia Española. Diccionario [...], I.I, p.1.057). (Confrontar voto N° 816-98 de 9:05 horas del 28 de agosto de 1.998 de la Sala Tercera). Es importante tomar en consideración la naturaleza del daño causado. Así, el autor Henry Issa El Khoury Jacob, en su artículo: *La Reparación Integral del Daño como causal de extinción de la acción penal, visible en el libro Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Mundo Gráfico, San José, 1.996, define: “Daño particular: [...] se trata del sufrido por la o las personas ofendidas; requiere, simplemente, la indagación acerca de la lesión o puesta en peligro al bien jurídico y la constatación de la existencia de cualquier otro daño proveniente de esa violación. Daño social: En cuanto al daño social pueden existir dos posibilidades: que se refiere a bienes jurídicos de los llamados colectivos, o que se refiere a violación de bienes jurídicos individuales con repercusiones sociales o de impacto social [...]” (Op. Cit. P. 204). El artículo 30 del Código Procesal Penal de 1.996, dispone en su inciso j): “la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público la admitan, según el caso [...]” El interrogante establecido en el recurso, consiste en determinar a quién corresponde otorgar el consentimiento del plan propuesto por la defensa. Para estos efectos, se retrotrae lo resuelto por esta Sala, mediante voto N° 1.083-99, de 10:30 horas del 26 de agosto de 1.999, que en lo que interesa establece: “[...] En aquellos delitos

en los que exista un perjudicado individualizable, sea porque el bien jurídico protegido así lo sugiera o porque la lesión a este no muestre que el daño trascienda a un número indeterminado de personas, el criterio prevalente es el del ofendido; no el del Ministerio Público. En ese sentido debe ser entendida la frase “según el caso”, contenida al final del párrafo primero del inciso j del artículo 30 del Código Procesal Penal de 1996. Esto es, cuando no haya una afectación comprobable en el caso concreto, no en vía de discurso penal normativo, a intereses sociales o de sujetos indeterminados, el criterio determinante será el del ofendido.[...] Señalar que cuando se lesione los bienes jurídicos “públicos” el juicio prevalente será el del órgano fiscal, es vaciar de significado el instituto, pues también en tesis de principio, todos los delitos afectan el interés público; de lo contrario no serían delitos. En consecuencia, para la constatación del ámbito subjetivo de afectación en cada hecho, deberá estarse justamente, a cada caso específico y la comprobación idónea a él; no a la extensión del discurso penal, que entregaría la totalidad de los ilícitos de acción pública al talante del Órgano Acusador. Por ende, tratándose este asunto de uno en que los ofendidos son determinables y todos procedieron a ser satisfechos en sus pretensiones reparatorias, según se acredita en la resolución impugnada (folios 310 y siguientes), debe estimarse como bien emitida la misma y declarar sin lugar el recurso. Igual criterio fue exteriorizado por Issa El Khoury: “[...] el tribunal deberá informar a la víctima sobre la voluntad de reparar el daño, por parte del sujeto activo [...] En los supuestos en los que no exista víctima o víctimas individualizables, entra a jugar la actuación del Ministerio Público [...] (Op. Cit. P. 208). El artículo 70 en su inciso 1°) del código de rito, define a la víctima como el sujeto directamente ofendido por el delito. En el caso concreto, S.A.S. es el perjudicado directo, por ser el propietario del automotor sustraído y compareció a la audiencia de reparación integral, emitiendo su consentimiento expreso de aceptar la suma de doscientos mil colones (200.000,00) por el daño particular sufrido, tal y como se hizo constar en la respectiva acta: “[...] el ofendido manifiesta que por haber recuperado el bien sufrido, sin que este presentase (sic) daños mayores, se sentiría reparado en el daño sufrido con la suma de doscientos mil colones, que además quiere darle una oportunidad al imputado y se dice sabedor de que no tiene antecedentes penales [...]”. (Confrontar folio 88). Por lo expuesto y al existir una víctima

*plenamente identificada, el criterio del Ministerio Público no resulta vinculante. No debe olvidarse que la reparación integral del daño solo puede aplicarse una vez dentro del plazo de diez años, por lo que contiene inmersa una restricción no punitiva, según la reforma contenida en la ley N° 7.728, Ley de Reorganización Judicial, que para los efectos establece: “[...] Esta causal se puede aplicar a una persona por una sola vez. Para ello el registro judicial llevará un registro de los beneficiados con esta norma. Una vez que pasen diez años sin cometer un hecho delictivo, se cancela el asiento correspondiente [...]”, de allí que el vicio resulta inexistente. En razón de lo expuesto, **se declara sin lugar el reclamo.***

Síntesis del caso

El ofendido en una causa por los delitos de privación de libertad agravada y abuso de autoridad, donde se dictó sobreseimiento, presentó una querella. Fue en varias oportunidades a la Fiscalía para solicitar fotocopias del legajo paralelo y fue atendido por una funcionaria, quien le indicó que por orden de la fiscal, no se le iba a permitir sacar fotocopias ni tampoco revisarlo.

El ofendido decidió entonces interponer un recurso de amparo, porque consideró que con tal actuación, la Fiscalía estaba violando la garantía fundamental del debido proceso y estaba, negándole el acceso a la justicia.

La fiscal al contestar el informe solicitado por la sala, señaló que el legajo paralelo consistía en apuntes relativos a entrevistas, copias de denuncias y disposiciones propias del fiscal para su investigación. Si se obligaba a revelar el legajo paralelo, era exigirle a revelar su estrategia de investigación. Además consideró que el derecho de defensa no sufría menoscabo, porque el fiscal, a petición de las partes, debía informar sobre el elenco probatorio con que contara, sin perjuicio de que la parte entrevistara a testigos, si lo consideraba oportuno. Aclaró que se otorgará una cita al recurrente a fin de informarle el contenido de las entrevistas. No obstante, estableció que en el ofrecimiento de prueba elaborado por la parte dentro de la querella, confirmaba que los ofendidos y su abogado conocían el contenido de las entrevistas. Por tanto, solicitó que se declarara sin lugar el recurso.

¿Estima usted que el ofendido tenía derecho a acceder al legajo paralelo? ¿La actuación de la Fiscalía le estaría violando algún derecho?

Decisión del tribunal

1.- Esta Sala en cuanto al secreto de las actuaciones en resolución 2200-98 de las diez horas cincuenta y cuatro minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho, indicó lo siguiente: **SOBRE EL SECRETO DE LAS ACTUACIONES:** El artículo 296 del Código Procesal Penal, faculta al Ministerio Público para disponer, solo por una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones. Dicha medida debe ser tomada mediante resolución debidamente fundamentada y por un plazo que no puede exceder de diez días consecutivos, debe explicar de forma razonada y objetiva los motivos por los que el Fiscal considera que en el caso de que las actuaciones puedan ser de conocimiento de las partes, ello puede entorpecer la investigación. Es necesario también, que el imputado se encuentre en libertad, pues en el caso de que el imputado se encuentre privado de su libertad, el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para decretar una medida en tal sentido. Sobre la privacidad de las actuaciones en el procedimiento preparatorio, vale hacer mención al hecho de que por regla general, el proceso no es público para terceros, y las actuaciones solo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes (artículo 295 del mismo Código). Con una interpretación lógico- sistemática de ambos numerales, se entiende que el secreto parcial o total del sumario es una medida que se dicta con el fin de que sean las partes las que no tengan acceso a las actuaciones del procedimiento preparatorio. Una interpretación contraria, o sea, que el secreto es para terceras personas, resultaría fuera de toda lógica, pues el artículo 295 dispone que por regla general las personas que no sean parte del procedimiento o sus representantes, no tienen acceso a las actuaciones. A nivel práctico, es obvio que en el momento en que el Fiscal deniega el acceso de las actuaciones a las partes, debe haber dictado con anterioridad, una resolución que respalde su actuación, y dicha resolución debe exponer en forma clara los motivos por lo que restringe de manera temporal el acceso a las actuaciones. Posteriormente, la medida debe ser comunicada a las partes, con el fin de que puedan ejercer los controles que estime oportunos ante el Tribunal del Procedimiento Preparatorio. No está de más agregar, que el derecho que tienen las partes de examinar las actuaciones, abarca no solo al legajo principal o de investigación (elaborado por el Ministerio Público con el fin de

preparar su acusación, tal y como señala el artículo 275 del Código Procesal Penal), sino también al legajo paralelo que contiene todas las diligencias practicadas por el Fiscal a cargo del caso y que no son susceptibles de ser incorporadas como prueba válida al juicio. Existen entonces para el Fiscal la posibilidad de declarar el secreto total o parcial de las actuaciones –legajos– en la medida que su publicidad pueda entorpecer la investigación. Tales medidas deben ser siempre motivadas, razonadas, fundamentadas con base en las circunstancias que rodean el hecho y los elementos probatorios con los que cuenta el Fiscal en esa etapa del proceso. En el caso que nos ocupa, y sin que el análisis que pueda hacer la Sala prejuzgue sobre la procedencia o no de la medida adoptada, es evidente que la actuación de la Fiscal fue total y absolutamente irregular. Nótese que en el momento en que la Fiscal deniega al defensor tener acceso a las actuaciones, no existía aún resolución que la legitimara a actuar en tal sentido, lo que violenta a todas luces el derecho de defensa. Tal y como señala el recurrente –hecho que en ningún momento es negado por la autoridad accionada– cuando le solicitó a la representante del Ministerio Público poder examinar las actuaciones contenidas en el legajo que contenía las entrevistas, ella le manifestó que no le permitiría el acceso al expediente, pues con las facultades que le otorga el Código, iba a proceder a declarar secreto el sumario. En otras palabras, en el momento en que la Fiscal denegó al abogado defensor la posibilidad de examinar las actuaciones, aún no existía resolución alguna en tal sentido y que pudiera respaldar en forma legítima su actuación. Lo correcto era que la Fiscal, con anterioridad, dictara el secreto de las actuaciones, para que así de manera legítima pudiera denegar el acceso al sumario. Esa decisión bien pudo haberse tomado inmediatamente después de realizar las entrevistas, pues si al iniciarse del procedimiento preparatorio el Fiscal considera que el descubrimiento de la verdad real puede verse frustrado por el hecho de que las partes conozcan las actuaciones del Fiscal, como parte de la estrategia de investigación, debe adoptar ese tipo de medidas cuanto antes, precisamente para evitar irregularidades como las que dan origen a este amparo. Es evidente entonces, que existió una violación al derecho de defensa, pues para restringir los derechos del imputado, como lo es el acceso al expediente, debe existir previamente una resolución debidamente fundamentada en ese sentido, lo que la

Sala echa de menos; consiguientemente, el recurso debe declararse con lugar como se dispone". **II.-** En el caso concreto acusan los petentes que a pesar de sus múltiples solicitudes a la Fiscalía Adjunta de Alajuela, a fin de obtener las copias del legajo paralelo que lleva el fiscal por la causa [...] contra L.G.Ch. y otros por los delitos de Abuso de Autoridad y Privación de Libertad en perjuicio de L.D.F.C. y J.S.S.Z., se les ha negado. Por su parte la autoridad recurrida explica que la negativa se encuentra fundada en que el legajo paralelo contiene anotaciones del fiscal, sobre sus apreciaciones sobre la investigación, en dónde puede plasmar las estrategias a seguir para la preparación de la investigación, de ahí, que dicha información es de uso exclusivo del fiscal. **III.-** Del estudio de los elementos probatorios aportados y de la jurisprudencia transcrita, éste Tribunal considera que las partes tienen el derecho de examinar las actuaciones, del legajo principal o de investigación, y del legajo paralelo, el cuál contiene todas las diligencias practicadas por el Fiscal a cargo del caso y que no son susceptibles de ser incorporadas como prueba válida al juicio. De ahí, que el fiscal tuvo la posibilidad de declarar el secreto total o parcial de las actuaciones; si hubiere justificado que su publicidad afecta la investigación. Al respecto, este Tribunal considera que existe violación al principio del debido proceso y al principio de publicidad. En consecuencia, se declara con lugar el recurso.

(S 4182-00 de las 16:45 hrs. del 16-05-00 de la SC).

Síntesis del caso

La defensa interpone un recurso de casación y, como primer motivo de su impugnación por vicios de forma, reclama la incorporación ilegal de prueba al debate, al haber permitido el tribunal que, por la vía de la prueba para mejor resolver, establecida en el numeral 355 del Código Procesal Penal, se recibiera la declaración del ofendido, prueba que no fue ofrecida por el Ministerio Público, al solicitar la apertura a juicio y que no podía admitirse al amparo del numeral 355 citado, pues no surgió ningún nuevo hecho o circunstancia que requirieran esclarecimiento.

A juicio de los impugnantes para introducir prueba por la vía del citado numeral, debe tratarse de hechos nuevos, además de ser prueba permitida y ello no ocurre en este caso, pues desde que esa prueba no fue ofrecida por el fiscal, no

procedía bajo ninguna circunstancia, su recepción en debate. Señala, además, que tampoco puede sostenerse que el artículo 355 CPP contempla el principio de la verdad real a ultranza, como parece desprenderse de lo mencionado en la sentencia. Manifiesta que con la entrada en vigencia del Código Procesal de 1996, se ha dado un cambio radical en las potestades del órgano juzgador, quien debe orientarse a un “sistema de corte acusatorio”, y de ninguna forma el numeral cuestionado permite la incorporación de prueba libre e ilimitadamente en aras de la verdad real, sino que como se ha venido sosteniendo por la doctrina más reciente, debe existir un equilibrio entre garantía y eficiencia en el proceso penal. Ataca el fundamento dado por el tribunal para admitir la declaración del ofendido, pues señala que el numeral 180 del Código Procesal Penal que utilizaron los juzgadores para recibir la prueba cuestionada no la legitima, pues la licitud de los medios de prueba tiene que ver también con el momento procesal para su recepción y, por ello, el juez no puede ser omnipotente en la búsqueda de la verdad real. Además, reclaman que se violó el derecho de defensa del imputado al incorporarse prueba desconocida por él.

¿En este caso, existe violación a la defensa del imputado? ¿El tribunal estaba legitimado para recibir la declaración del ofendido como prueba para mejor resolver? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

El nuevo sistema también tiene como uno de sus principales objetivos, el rescate de la víctima, totalmente marginada del proceso penal. No solo las modernas corrientes criminológicas, sino además las procesalistas abogan por un equilibrio de las fuerzas convergentes en el proceso, para devolver parte del protagonismo a quien es verdaderamente el afectado por el conflicto: la víctima del hecho delictivo. El nuevo modelo procesal no solo rescata la participación de la víctima, sino que define un conjunto de derechos –como los numerales 70 y 71– que perfilan su papel y que significan que es parte importante del actuar procesal, sobre todo si el proceso tiene como fin primordial la solución del conflicto “en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional [...] el sistema se preocupa por hacer realidad el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de la víctima, consagrado en el numeral 41 de la Constitución Política, en cuyo caso no podría negársele el derecho a declarar en el

juicio en el que se ventila la responsabilidad penal por el hecho cometido **en su perjuicio**, con el argumento de que su declaración no fue ofrecida para el debate por quien debía hacerlo, en el momento oportuno. Una lectura aislada del numeral 355 del Código Procesal Penal nos daría como conclusión que no es posible su recepción en debate, si no hay “nuevos hechos o nuevas circunstancias” que ameriten su esclarecimiento. Pero si se hace una referencia integral, no solo del ordenamiento procesal, sino de la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, es evidente que la prueba es admisible para poder dar real vigencia al derecho de ser oído en juicio, derecho que por cierto no pertenece solo al acusado, sino a todo ciudadano frente a cualquier clase de conflicto en que se halle involucrado o tenga interés y ello se refleja de manera especial en la materia penal –numerales 41 de la Constitución Política; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. La pretensión de los recurrentes es contraria no solo al espíritu ya dicho de la nueva normativa, sino a los principios generales de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia que consagra nuestra Constitución Política y la normativa internacional ratificada por nuestro país. En primer lugar, debe desecharse el argumento de que se trata de prueba “desconocida” por el acusado, pues precisamente el asunto **se inicia por denuncia del ofendido** ante la policía Judicial (folios 2 a 4), misma que “ratifica” en el Ministerio Público, en la que constan sus manifestaciones respecto de los hechos y cómo sucedieron y a la que obviamente tuvo acceso la defensa. Es realmente inexcusable que el fiscal haya omitido su ofrecimiento al formular la acusación y solicitar la apertura a juicio; también lo es que el juez de la etapa intermedia no haya reparado en tal omisión y la haya subsanado, conforme lo permite el numeral 320 ya citado. Aún resulta más inexcusable este proceder, cuando el propio ofendido estuvo presente en la audiencia preliminar –de donde se deduce el innegable interés que le asiste en esta causa y la circunstancia de que era bien conocido por el acusado y su defensa– y efectivamente la discusión que allí se dio versó en un todo sobre lo que el ofendido había denunciado (!) y éste hasta firmó el acta respectiva (véanse citación de folio 19; acta de audiencia preliminar de folios 22 a 24) por lo que no es posible comprender cómo no se subsanó esa

omisión por los sujetos llamados a hacerlo. Aún más, la comparecencia del ofendido al debate se produce porque oficiosamente -tal y como ocurrió con su cita para la audiencia preliminar- el Tribunal lo cita, junto con el acusado y los restantes testigos (¿cómo no citar al ofendido!) (folios 34 y 35). Como se puede apreciar claramente, no se trata de una “maniobra” planeada por el Tribunal, simplemente se le citó porque en apariencia –y como en realidad debía ser- se asumió que el ofendido debía ser citado, para ser escuchado en juicio (véase incluso que el numeral 358 permite al Tribunal darle audiencia, en los actos finales del debate, para que manifieste lo que estime pertinente, aún cuando no “haya intervenido en el procedimiento”) y, ciertamente, para ser recibido como prueba contra el acusado en el debate, aspecto éste que es el que obviamente motiva la reacción y protesta de la defensa. Según se desprende del acta de debate –cuya transcripción se echa de menos- es el Fiscal quien advierte al Tribunal que el ofendido se encuentra en las afueras de la sala de debates y que está allí porque el Tribunal lo citó. El “Tribunal” dice que no es prueba admitida y que fue citado por error y es ésta la oportunidad aprovechada por el Fiscal para ofrecerlo como prueba “para mejor resolver”, pedido al que finalmente accede el Tribunal que se fundamenta en el derecho del afectado a ser oído, en virtud del principio de justicia pronta y cumplida y del principio de verdad real (folio 39 vto.). Concluir que el ofendido no tenía interés en la causa porque no se constituyó en querellante, y que por ello no debe admitirse su testimonio, es, de nuevo, interpretar al margen de las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos que garantizan a toda persona el derecho de ser oída, de solventar sus diferencias y conflictos y obtener justa reparación de sus daños, en forma, “pronta y cumplida”, garantías que integran el debido proceso, desde la óptica de la víctima y que están al lado del derecho de defensa y de inocencia de que goza todo acusado. El querellar es una opción de la víctima, no es un requisito para que continúe siendo víctima y merezca ser oída en juicio, especialmente si media acusación del Ministerio Público. Si en forma negligente el acusador la excluye en el ofrecimiento de prueba, esa omisión ni sus consecuencias pueden trasladársele a la víctima. A juicio de la Sala la solución dada por el Tribunal es la correcta: la admisión del testimonio del ofendido como prueba para mejor resolver, no solo por ser manifiesta la negligencia cometida con su omisión, sino que además era palpable la violación flagrante a sus derechos si ello no ocurría y

esa sola circunstancia constituía “un nuevo hecho” que ameritaba la recepción de la prueba, haciendo una interpretación y lectura acorde con los principios constitucionales y de derechos fundamentales –que tiene rango suprallegal– de lo dispuesto en el numeral 355 del Código Procesal Penal, en especial por las particulares circunstancias que rodean a este caso, en el que cualquier interpretación meramente legalista que autorizara la no recepción del testimonio del ofendido, resultaría abiertamente desproporcionada, injustificada e irracional y a contrapelo de la normativa internacional vigente sobre derechos humanos (respecto de la preeminencia de los derechos fundamentales en la interpretación de la normativa procesal, consúltase sentencia 5543-97 de las 12:15 hrs. del 12 de setiembre de 1997 de la Sala Constitucional).

IVo. Finalmente, debe decirse que en este caso, la presencia del ofendido, su versión de los hechos y la identificación que hizo del acusado como su agresor no eran en forma alguna elementos desconocidos ni por el acusado ni por la defensa, pues el proceso precisamente se inicia con su propia denuncia, que posteriormente ratifica en entrevista ante el fiscal del Ministerio Público y luego de ello se da su comparecencia a la audiencia preliminar. Posteriormente, una vez que se autorizó su recepción en debate, el ofendido declaró de viva voz frente a todas las partes –esto es, hubo oralidad e inmediatez de la prueba–, fue sometido al interrogatorio de las partes –es decir, rigió el contradictorio y la comunidad de la prueba– y pudieron opinar respecto de su declaración en la etapa de conclusiones –esto es, pudieron analizarla y rebatirla–. Por ello el reclamo formulado es infundado y debe rechazarse.

(S 572-00 de las 9:35 hrs. del 2-06-00 de la STC).

Síntesis del caso

En un juicio seguido por el delito de violación cometido en perjuicio de una menor de edad, el tribunal de juicio dictó sobreseimiento definitivo por la revocatoria de la instancia efectuada por la víctima. Contra esta sentencia, el representante del Ministerio Público interpuso un recurso de casación para solicitar la anulación y el reenvío para una nueva sustanciación, en virtud de los artículos 141, 142, 143, 311 inciso d), 312 inciso d), 33 y 39 de la Constitución Política y 119 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en tanto esta última norma impide atender el

desistimiento o la deserción en los procesos que involucren el interés de personas menores de edad.

¿Le parece acertada la posición del representante del Ministerio Público? ¿Existe alguna lesión a los derechos de la víctima en el proceso? ¿Cuáles principios están en juego?

Decisión del tribunal

El reclamo debe acogerse. En efecto, el problema que se expone ya ha sido objeto de análisis y discusión por parte de la sala que, a través del voto 1040-99, de las 10:30 hrs. del 20 de agosto de 1999, señaló:

II. Debe establecerse en primer término que los institutos de la deserción, el desistimiento y la revocatoria de instancia son de diversa índole, pues mientras los dos primeros son actuaciones u omisiones del actor (penal o civil), la tercera (la revocatoria de la instancia) corresponde a quien solamente ostenta la calidad víctima en un asunto de acción pública perseguible a gestión privada, sin que ello le atribuya aquella condición (la de actor). De tal suerte que los sujetos a los que se refieren esas figuras técnicas son diversos y diverso también el papel que estos desempeñan. III. Sin embargo, más que a un criterio estructural de los referentes subjetivos de esas figuras y de las disposiciones que las contienen, debe estarse a una óptica funcional de su influencia efectiva en el proceso y su desempeño en resguardo de los intereses que ope legis o de discurso constitucional deben tutelarse. Con respecto a la normativa atinente a los menores, el Código de la Niñez y de la Adolescencia es elocuente en sus artículos 5 y 112 al establecer como "interés superior" la protección de aquellos y sus derechos. Constitucionalmente, obra como texto inexorable la Convención sobre los derechos del Niño, que en su artículo 3, traído a colación por la recurrente, indica que "[...] una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño [...]" Por consiguiente la interpretación que en el caso que nos ocupa pueda hacerse de la regulación procesal penal, debe estar esencialmente encaminada a la protección del interés de los menores. Precisamente en esa dirección, se explica entonces que, conforme a la tendencia

actual, el legislador haya provisto la materia de una disciplina especial que pretende dar una cobertura particular a un quehacer social con rasgos diferentes, regulación ésta que, en tanto especial, se vuelve inmune a y prevalente sobre la normativa genérica, aun cuando ésta fuere posterior. Esto es, la veda de deserción y desistimiento en cuestión de derechos de menores, se impone a la facultad general que en el ámbito de la persecución penal estipula el código procesal referido, lo cual impide su advenimiento en tales situaciones. En esas hipótesis, dada la desaparición del actor penal o el desvanecimiento en su papel promotor, deben asumir la tarea del impulso de la acción y la pretensión punitiva los órganos encargados de velar por aquellos, a saber, el Ministerio Público, el Patronato Nacional de la Infancia y la Procuraduría General de la República. **IV.** Queda por último determinar si, a pesar de las diferencias estructurales aludidas, la revocatoria de la instancia opera funcionalmente como un desistimiento. Si las consecuencias de ambos actos son similares, dado que impiden la prosecución del proceso, no cabe duda que la protección convencional y legislativa especial que a tenor del pronunciamiento de la Sala Constitucional número 7115, de las 16:09hrs del 6 de octubre último, ha instituido el deber de regir en la integridad del ordenamiento jurídico nacional para la protección de los menores, debe cubrir también la hipótesis de la revocatoria de la instancia. En cuanto a esta hay incluso mejores razones, porque mientras el desistimiento en delitos de acción pública no impide la ulterior persecución del acto, la revocatoria de la instancia lleva a un sobreseimiento que pone término a la causa; cosa que puede redundar en una mayor indefensión de un menor que ha sido víctima de presión o violencia (con más posibilidad originada en un miembro de su familia), visto que hecha la revocatoria, el asunto no se puede reabrir. Así las cosas, no cabe duda alguna que el amparo preferencial que el Estado costarricense debe deferir a los menores, según se infiere de los artículos 51 y 55 de la Carta Magna, como acertadamente refleja el fallo 3125, emitido por la Sala Constitucional a las 16 horas del 20 de octubre de 1992, al igual que el espíritu de la norma interpretativa del artículo 112 del Código de la Niñez, llevan a inferir que, derivando de la revocatoria de instancia prevista en el artículo 17 del Código Procesal Penal de 1996, los mismos efectos del desistimiento, e incluso más riesgoso

(como se explicó), estando éste vedado en materia de procesos en que se tutelan los intereses de un menor, y siendo el desistimiento la variable contextual en cuestiones de acción pública perseguible a instancia privada, la revocatoria de instancia no es viable en procesos en que se trate de salvaguardar los derechos de un menor o se pretenda constatar hechos eventualmente cometidos en su detrimento. Ante ello no es aceptable reclamar que será un trato discriminatorio hacia el justiciable, ya que como lo dijo la primera resolución constitucional referida: 'El legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de los delitos cometidos contra menores de edad'[...]' II.- El sobreseimiento objeto de impugnación en el presente caso, admitió la revocatoria de instancia que ejerció la ofendida –de dieciséis años de edad–, como causa de extinción de la acción penal. Atendiendo a las razones expuestas en el voto transcrito en el Considerando precedente, la actuación del a quo vulnera lo establecido en las normas internas e internacionales de cita y corresponde, por ende, declarar con lugar el recurso del Ministerio Público. Se anula el sobreseimiento impugnado y se ordena remitir la sumaria al Tribunal a quo, para su sustanciación conforme a derecho.

(S 580-00 de las 10:10 hrs. del 2-6-00 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor del imputado presenta un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido por dos delitos de violación calificada en concurso material a la pena de 28 años de prisión. Aduce la defensa que el tribunal vulneró el principio de imparcialidad, cuando ordenó recibir en el debate el testimonio de la madre de la ofendida, sin que estuviera presente el imputado.

Opina quien recurre que tal situación constituyó un adelanto de criterio, ya que los jueces actuaron de oficio y basándose para ello en lo que recién había declarado la víctima menor de edad, quien se refirió a supuestos actos de violencia doméstica que ambas sufrían en su núcleo familiar y provocados por el justiciable. De este modo, añade el quejoso, el a quo emitió un juicio sobre la credibilidad de la joven y sobre un punto que revestía interés para decidir, en tanto el Ministerio Público acusó que fue en ese ámbito de violencia doméstica, en donde tuvieron lugar los delitos.

¿Estima que el tribunal vulneró el principio de imparcialidad? ¿Considera válido que la ofendida declare sin encontrarse presente el imputado? ¿Cuáles principios y derechos deben valorarse?

Decisión del tribunal

El reparo es improcedente: *En efecto, para resolver el tema planteado es preciso analizar dos puntos específicos estrechamente relacionados. El primero se refiere a la posibilidad de que se reciba, sin la presencia visible del imputado en la sala de debates, el testimonio de personas mayores de edad que no sean víctimas directas del delito que se investiga. Sobre esto, la Sala, en sentencia No. 1226-01, de 9:50 horas de 14 de diciembre de 2001, señaló: “El artículo 8.1.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, como una de las garantías mínimas de toda persona inculpada de delito el “[...] 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”. En similares términos, el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el imputado tiene derecho “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”. Si bien el derecho del imputado a escuchar y ser participe activo en la producción de la prueba constituye una garantía fundamental, en supuestos **excepcionalmente calificados** se admite que ese derecho pueda ser restringido, en procura de tutelar otros bienes jurídicos de rango constitucional. También se obtiene de las normas antes citadas que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no excluyen esa posibilidad, siempre que en ningún caso se restrinja la defensa técnica. La Sala Constitucional en el voto No. 3020-96 de 11,48 horas de 9 de junio de 1995 señaló: “[...] conforme a lo expuesto en la sentencia 1739-92 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, el imputado tiene derecho a ser asistido por un defensor letrado, o a defenderse personalmente y que sea cual sea el método que escoja, ese derecho implica el irrestricto acceso a las probanzas y actos, siendo procedentes solo aquellas restricciones indispensables para impedir el entorpecimiento de la averiguación de la verdad real de los hechos.*

También ha señalado esta Sala que no toda nulidad conlleva una violación al debido proceso sino solo aquellas que causen un grave perjuicio a los intereses de la defensa. En ese sentido se estima que si bien la adecuada defensa y representación en todo momento, es un elemento integrante del debido proceso, al haber puesto el Tribunal en conocimiento inmediato al imputado de lo declarado por el co-imputado, según consta en el acta de debate, quedando informado de todo lo declarado con oportunidad de repreguntar, derecho éste que se le reconoció y no ejerció, según consta en el acta de debate (tomo II, folio 749), no se causó una lesión al principio en análisis, pues si bien se le perturbó su ejercicio, el Tribunal reconoció una forma eficaz para su respeto, lo que no fue protestado oportunamente por el interesado; el juez como equilibrador del proceso, le dio acceso pleno e irrestricto a la información e incluso oportunidad de ejercer su defensa sobre ese acto a través de la repregunta. Desde luego que, como lo hace notar la Sala de Casación en el Considerando X del fallo, el Tribunal sentenciador pudo emplear otros criterios en el debate que no causaran la perturbación que ahora se protesta, al ejercicio de la defensa, como sería llamar primero a declarar al acusado [...] o aún permitirle su permanencia e intervención en la audiencia al momento de tomarse la declaración al co-imputado[...], pero -como ya se dijo-, al no haberlo hecho así no se produce nulidad de lo actuado pues la afectación o perturbación al ejercicio de la defensa no fue de tal magnitud que afectara ese derecho causando indefensión". También esta Sala ha admitido, en casos excepcionales que se aleje al imputado de la audiencia temporalmente para garantizar la seguridad física y psicológica de los declarantes, siempre que concurren elementos de convicción que evidencien que existe el riesgo de algún serio menoscabo (cfr. votos No. 1043-97 de 14,35 horas de 30 de setiembre y No. 1474-97 de 8,40 horas de 23 de diciembre, ambas de 1997; así como el No. 483-01 de 9,15 horas de 25 de mayo de 2001). En el presente caso, consta del acta de debate y de las razones expuestas en el propio fallo que se evacuó en forma privada y sin la presencia del justiciable (aunque sí de la defensora) el testimonio de la ofendida atendiendo a las recomendaciones del psiquiatra forense, quien hizo ver la necesidad de no someterla a nuevos interrogatorios a fin de evitarle una crisis de agresividad, tomando en cuenta que padece retardo mental (cfr. folios 33 y 68). El a quo, conforme se aprecia, no omitió evacuar el testimonio (cual lo recomendaba el médico), sino que

dispuso recibirlo en las condiciones que se vienen exponiendo y de igual manera se escuchó la declaración de la testigo Andreína Salas Mora, en virtud de que los juzgadores observaron su “estado de nerviosismo” cuando se le requirió en la sala de debates: reaccionó con llantos y gritos y expuso que deseaba declarar pero sin la presencia del justiciable, pues este último “ [...] con la señora madre la había mandado a amenazar [...]” (folio 69). Estima la Sala que las razones que cita el a quo, considerando además la naturaleza de los hechos que se investigan (delitos de violación) y la circunstancia de que tanto la víctima como la testigo Andreína son hermanas del acusado, justifican plenamente la medida de recibir sus declaraciones en privado y sin que tuviesen contacto visual con el encartado. Aun cuando el artículo 212 del Código Procesal Penal solo se refiere a la posibilidad de practicar este tipo de pruebas especiales en privado (es decir, en ausencia del público, dentro del cual no se incluye obviamente al imputado), es criterio de la Sala que este puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía supralegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior. En la especie, aunque las declarantes son mayores de edad, ha de recurrirse a las previsiones de la Convención para erradicar la violencia contra la mujer, introducida al derecho costarricense por ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995 que, entre otras cosas, dispone: “Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...]” ; “Artículo 3: Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”; “Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a

que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos [...]”; “Artículo 7: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; [...] f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. Es evidente que el disponer, en un caso como el que aquí se examina, que las testigos declararan en ausencia del justiciable, constituye una medida encaminada a proteger de manera primordial la integridad física, psicológica y moral de las deponentes, atendiendo a las particulares circunstancias que se observan (ligamen consanguíneo, probabilidad de inducir graves crisis de agresividad en la víctima, existencia de amenazas por parte del acusado contra la otra testigo). Desde luego, normalmente será posible establecer un justo equilibrio entre los valores y derechos en conflicto, de modo que todos puedan ser satisfechos con un mínimo sacrificio y a ello deben dirigirse los esfuerzos de los juzgadores que en esto, como respecto de otros actos, han de buscar un sano balance y de ello deberá tomar nota el a quo en lo sucesivo. Así, será preciso que al aplicar estas medidas de **estricto carácter excepcional**, los jueces recurran a técnicas que en cuanto sea posible, impidan el contacto físico y visual entre el declarante y el acusado, pero permitan a este escuchar el testimonio y mantener algún tipo de comunicación con su defensor técnico; o incluso utilizar dispositivos que distorsionen la voz, si lo pretendido es proteger la real identidad física del deponente que podría ser identificado por ese medio; y sin perjuicio del alejamiento completo de la audiencia si el justiciable ejecuta conductas que ameriten adoptar ese tipo de acciones disciplinarias (por ejemplo: si profiere amenazas contra el testigo mientras este se halla en la sala), lo que en todo caso conviene se le advierta de previo al acusado [...]. Las reflexiones anteriores son aplicables en el presente caso y permiten rechazar parte del alegato de la defensa, que cuestiona

la actuación oficiosa de los Jueces. Conforme se lee en la sentencia recién transcrita, la Convención para erradicar la violencia contra la mujer obliga al Estado costarricense y a todos los funcionarios públicos a adoptar, en el ámbito de sus tareas y competencias, las medidas que correspondan para eliminar ese fenómeno y proteger a la persona contra cualquiera de sus diversas manifestaciones. Los Jueces en el proceso penal y en su labor de administrar Justicia están llamados a velar y proteger no solo los derechos constitucionales y legales del imputado, sino los de todas las personas que intervengan, incluidos, desde luego, los de los testigos, ofendidos y denunciantes, aunque no sean formalmente partes en el procedimiento. Desde luego, el justiciable, como sujeto esencial y afectado de manera directa por las investigaciones dirigidas en su contra, está rodeado de una gran variedad de derechos y garantías, pero esto no significa que quienes concurren a rendir testimonio sean simples instrumentos para la averiguación de la verdad, despojados de derechos y carentes de toda protección. Al contrario, se reitera, es un deber inherente a la tarea jurisdiccional, la tutela de la dignidad humana y de la integridad física, psicológica y moral de todas las personas que deban comparecer ante los juzgadores en cualquier condición (imputados, ofendidos, testigos e incluso la defensa, el acusador u otras partes), adoptando las medidas que sean necesarias, razonables y proporcionadas para asegurar ese respeto. Desde este punto de vista, es indudable que los tribunales sí pueden proceder de oficio en esas hipótesis y lo harán no en ejercicio de una facultad, sino de una potestad (poder-deber) que se deriva de la misión constitucional que tienen encomendada de proteger los derechos fundamentales de los habitantes. En el caso de mujeres sometidas a violencia doméstica, se cuenta además con disposiciones supraleales expresas que obligan a dotarlas de medidas de protección y no cabe duda que recibir su testimonio sin la presencia visible del acusado (presunto agresor), es una acción protectora que se encamina a resguardar la integridad física, psicológica y moral de la declarante y, además, desde otra perspectiva, pretende asegurar la pureza de una prueba de la que, según se tiene noticia, ha estado sometida a actos de agresividad e intimidación rutinaria. Por lo demás, ningún agravio se produjo al encartado, quien permaneció en un sitio desde el cual podía escuchar el testimonio y mantuvo contacto con su defensor para gestionar las preguntas que estimase pertinentes. El segundo aspecto del reclamo cuestiona las motivaciones que tuvo el

Tribunal para disponer la medida protectora, ya que se basaron en la declaración que recién había dado la ofendida, informando que tanto ella como su madre fueron víctimas de la violencia doméstica que protagonizaba el acusado. Entiende la defensa que, con ello, los jueces adelantaron criterio, pues otorgaron crédito al dicho de la menor de edad. La Sala no comparte esta opinión. Las medidas protectoras del tipo que se examina, encuentran su fundamento en un juicio de probabilidad que, a su vez, debe sustentarse en elementos de convicción que señalen la necesidad de proteger la dignidad y la integridad del testigo. Cuando los jueces acogen la recomendación del psicólogo o del psiquiatra forense de que una persona no declare en presencia del imputado, no significa que estén adelantando criterio y reconociendo como ciertas todas las conclusiones plasmadas en el dictamen (incluida, por ejemplo, la de que existen secuelas que pueden asociarse con el hecho ilícito acusado). Es obvio que ningún motivo lógico puede llevar a razonar de esta forma y, al contrario, asumir tal propuesta obedecería a una simple falacia. Lo que los juzgadores hacen es formular un juicio de probabilidad, no sobre los hechos que se investigan, sino en torno de las posibilidades de que se provoquen serios menoscabos psicológicos al testigo o de que se ponga en peligro su integridad física o moral. Si al final los jueces encuentran que el testimonio no es creíble, que en realidad nunca existió peligro alguno para el declarante (porque faltó a la verdad o inventó los hechos) o resulta clara la inocencia del acusado, ningún vínculo existe entre la decisión inicialmente acordada sobre la conducción del debate, adoptando medidas protectoras, y la que resuelva el fondo del asunto, pues sus fundamentos y sus finalidades son notoriamente distintos. Las medidas dichas son de naturaleza claramente preventiva, no requieren una declaratoria judicial previa (v. gr.: una que establezca que en verdad existió violencia doméstica, amenazas o sobornos) y pueden acordarse a partir de noticias o sospechas fundadas que brinden un soporte razonable al juicio de probabilidad. En el caso bajo examen, la ofendida declaró e informó de los maltratos y agresiones que, según ella, sufría toda la familia, incluida su madre. Esto movió al a quo a ordenar que la recepción del testimonio de la última se recibiera sin la presencia visible del encartado, pero lo hizo, no porque adelantara criterio y estimara que los hechos denunciados ocurrieron (como dice entenderlo el defensor), ya que sobre eso no se emitió juicio alguno, sino porque la declaración daba noticia suficiente (que podría ser cierta o no) de la existencia de

acciones que ameritaban tomar medidas concretas sobre la forma en que debía realizarse el debate. La única diferencia entre lo sucedido aquí y el ejemplo expuesto líneas atrás, radica en la diversa naturaleza de la fuente de la que se derivó la probabilidad (en un caso, el dictamen y en el otro, un testimonio), pero en ninguno de ellos implica un juicio acerca del fondo del asunto, sino sobre la necesidad de acordar medidas protectoras y preventivas ante el evento de causar serios menoscabos al testigo que declarará y asegurar la pureza de la prueba, del mismo modo que podría haberse hecho si se tiene noticia, por testimonios anteriores, de que un próximo declarante ha sido amenazado o ha recibido sobornos para que falte a la verdad. En estas hipótesis, la falta de solicitud del Ministerio Público no releva al tribunal de su deber de tutela y protección de los testigos ni significa que al adoptar las medidas se adelante criterio sobre lo que se resolverá, ya no sobre la manera de conducir el debate, sino en torno del fondo del asunto. Aun más, si, como lo sostiene la defensa, el tema de la violencia doméstica era en extremo relevante y formaba parte de la acusación, esto sería noticia suficiente para que los jueces dispusieran las acciones protectoras y preventivas necesarias a fin de evitar que ese fenómeno negativo acusado llegara a causar distorsiones en el juicio, reproduciéndose allí sus factores de intimidación, pues el debate ha de propiciar que los testigos declaren con la mayor libertad y seguridad. Por otra parte, resulta evidente que si para acordar ese tipo de medidas fuese preciso evacuar toda la prueba (como lo aduce el defensor), ningún sentido tendría, pues ya el testigo habría declarado y si lo que se intenta sugerir es que debieron recibirse otros testimonios antes de decidir el punto, la propuesta sería igualmente ilógica, dado que significaría, siguiendo los razonamientos de quien impugna, que el tribunal reconoció pleno crédito a todas las anteriores probanzas y, por ende, también habría adelantado criterio. Lo anterior pone de relieve la inconsistencia de las argumentaciones planteadas, ya que implicarían que los jueces nunca podrían ordenar medidas protectoras como las que se examina, a menos de que las solicitaran las partes. Sin embargo, amén de que este aserto tropieza con el deber legal de los jueces de tutelar los derechos constitucionales y legales de todas las personas, olvida que aun en esa hipótesis el Tribunal debe hacer un análisis de la solicitud para determinar si concurren los presupuestos que harían procedentes las medidas (juicio de probabilidad) y aquí, de nuevo, tendría el quejoso que entender que hubo un adelanto

de criterio porque los datos en los que se basan los jueces son, por definición, de carácter probatorio. Dicho con otras palabras, si es al Tribunal y no a las partes a quien compete decidir si se adoptarán medidas protectoras de algún testigo, siempre y necesariamente habrá de hacer un examen de la solicitud y de la razonabilidad de sus fundamentos (probatorios), pero nada de ello prejuzgará sobre la credibilidad del dicho del testigo protegido o la de la fuente misma en que se basó el acuerdo de protegerlo, al momento de dictar la sentencia. Vale señalar, finalmente, que cuando Centeno Zamora fue llamada en efecto al debate, corroboró su deseo de que el justiciable no presenciara su testimonio Así las cosas, se desestima la protesta.

(S 1435-05 de las 9:20 hrs. del 12-12-05 de la STC).

Síntesis del caso

El imputado presentó un recurso de casación contra la sentencia que le impuso un mes de prisión por el delito de “molestia o estorbo a la autoridad”, porque considera que los hechos que le atribuyen no constituyen delito alguno y que se encuentran justificados en la circular 81-2002 de Corte Plena de la sesión 28-02, celebrada el 24-06-02, la cual garantiza la no revictimización de los menores ofendidos en los delitos sexuales. El tribunal de juicio tuvo por acreditado que en el Juzgado Penal Juvenil se ventilaba una causa contra E.R.M. por la presunta comisión del delito de abusos sexuales, en perjuicio de dos personas menores de edad.

El debate oral y privado fue fijado para el treinta y uno de enero de dos mil tres, fecha para la cual fueron convocadas las partes. En esa oportunidad, se presentaron las menores ofendidas y su madre, quienes se hicieron acompañar por el abogado M.A.D. Este último se identificó como representante de las ofendidas.

Como en el legajo no constaba la existencia de querella, ni se le había conferido ningún poder especial, el juez penal juvenil compelió al encartado a que hiciera abandono de la sala de juicio. Efectivamente el justiciable hizo abandono de la sala, pero antes le indicó a la madre de las ofendidas que también se retirara y que se llevara a las ofendidas, situación que fue acatada por la señora madre de las perjudicadas.

Los anteriores hechos fueron calificados por el tribunal de juicio como constitutivos del delito de estorbo o molestia a la autoridad y, por ello, le impuso el tanto de un mes de prisión.

¿Puede la parte ofendida hacerse acompañar al juicio de un abogado, sin que conste apersonamiento? ¿Cuáles derechos están en juego?

Decisión del tribunal

Contrario a lo sostenido en el fallo, esta Cámara considera que la acción del imputado no resulta contraria a derecho y más bien es el tribunal penal juvenil de Golfito quien violentó los derechos de las víctimas [...]. En el caso de las personas menores de edad, esa garantía de tutela jurisdiccional no solo está regulada en la Constitución Política, sino en la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley 7184, desde el año 1990. En esta normativa, los artículos 2, 3 y 4 establecen la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para lograr una “protección” efectiva de las personas menores de edad, en especial si intervienen en un proceso penal. El artículo 3 de dicha Convención consagra el principio del Interés superior. Señalando que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Principio que se reitera en el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en el artículo 5, el cual en lo que nos interesa dispone que en toda acción pública o privada, se les debe garantizar a las personas menores de edad, “el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano”. Para lograr dicho cometido la autoridad correspondiente debe valorar entre otros aspectos, “Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”. Dentro del proceso penal, este principio cobra especial importancia, si se trata de personas menores de edad víctima. Por ello, el legislador estableció una serie de pautas procesales que van desde la asistencia de personal especializado en la recepción del testimonio (123 CNA) hasta las condiciones mínimas que se deben dar al recibir una declaración en juicio (126 CNA). En cuanto a este último artículo, el legislador plasmó su voluntad en cuanto dispone

que en todo momento la autoridad correspondiente debe garantizar la estabilidad emocional de la persona menor de edad víctima. Dicha norma dispone: “Cuando un menor ofendido deba concurrir a un debate, las autoridades judiciales tomarán las previsiones del caso para que este discurra en audiencia privada, si a juicio del tribunal fuere necesario para garantizarle la estabilidad emocional, o para que no se altere su espontaneidad en el momento de deponer. A esta audiencia solo podrán asistir las personas que indica la ley; cuando la presencia del padre, la madre o los encargados de las personas menores de edad pueda afectarlas, el juez podrá impedirles la permanencia en el recinto”. De lo anterior se colige que la intención del legislador es evitar la revictimización secundaria pero sin afectar los derechos de las partes. Desde luego que no puede rechazarse la participación del patrocinio letrado de la parte ofendida, alegando que ello va en contra de los derechos de la víctima, pues precisamente el ordenamiento le otorga es derecho. En cuanto al derecho penal juvenil, la normativa es sumamente clara en reconocer y tutelar un amplio espectro en relación a las facultades de las víctimas. En lo que aquí interesa el artículo 34 de la Ley de Justicia Penal Juvenil expresamente reconoce el derecho de participar en el proceso y poder ser representado por un abogado. Sobre el particular la referida norma dispone: “De conformidad con lo establecido en esta ley, **la víctima podrá participar en el proceso y podrá formular los recursos correspondientes cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses; podrá estar representada por sí mismo o por un abogado**”. A mayor abundamiento, la Corte Plena en la sesión 19-2-02 del 6 de mayo de dos mil dos, en el artículo XIV, así como en la sesión 28-02 del 24 de junio de 2002, emitió una serie de reglas prácticas tendientes a reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales. En ese sentido el punto II de las citadas reglas dispone: “Cuando se requiera la presencia de una persona menor de edad víctima, ésta debe llevarse a cabo en forma privada y con el auxilio de peritos especializados, en los casos en que sea necesario. **Debe estar el padre y la madre o una persona de confianza durante la declaración, en este último caso, el o la menor de edad víctima indica “quién es la persona de confianza” y su criterio prevalecerá.** “Del análisis integral de las normas citadas se deriva el derecho de la víctima de poder participar activamente en el proceso y particularmente la facultad de ser

representada por un abogado de su confianza. En el presente caso, el Juzgado Penal de Golfito cercenó ese derecho por estimar que no existía un apersonamiento previo. Resulta inaceptable el argumento que en su momento esgrimiera el juzgado en el sentido de que no existía apersonamiento previo ni constaba ningún poder especial que lo autoriza a participar en el debate. Es obvio que si la madre de las ofendidas se encontraban en el debate y ésta solicitaba que se le aceptara como su representante legal o persona de confianza de ella y sus hijas, bastaba con hacerlo constar en la respectiva acta y permitirle intervenir en defensa de las víctimas. Al no hacerlo, se actuó con un formalismo excesivo, que no cumplía con ninguna finalidad procesal y que resultó contrario a la garantía constitucional de tutela judicial efectiva. Nótese que el interés tanto de la señora R.B.U., madre de las niñas ofendidas, como del propio encartado era impedir que las niñas observaran al presunto agresor y hacer valer los derechos que le correspondía como víctima. Acción que en modo alguno puede calificarse como estorbo o molestia a la autoridad, sino más bien como el ejercicio legítimo de un derecho. En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada y se absuelve de toda pena y responsabilidad al encartado M.A.D. por el delito de ESTORBO O MOLESTIA A LA AUTORIDAD que en perjuicio de la AUTORIDAD PÚBLICA se le ha venido atribuyendo.

(S 352-05 de las 9:42 hrs. del 28-04-05 del TCP).

Síntesis del caso

El tribunal de juicio celebró una audiencia para aplicar una solución o medida alternativa, en una causa seguida por el delito de tentativa de robo simple, con la participación del imputado, su defensor, la víctima y el Ministerio Público. Se inició con la propuesta de aplicación por parte de la defensa de una reparación integral del daño, donde se requería que la víctima o, en su defecto, el Ministerio Público, la admitiera.

En este momento, la jueza *a quo* le preguntó a la víctima-ofendida M.V.C.C. que si se encontraba conforme con la propuesta que se realizaba, a lo que la misma manifestó su desacuerdo.

Posteriormente, la defensa propuso la suspensión del proceso a prueba, ofreciendo una reparación simbólica, donde no se incluye a la ofendida, así como un trabajo comunal por doscientas horas. Sobre esta propuesta, la jueza a quo dio audiencia al Ministerio Público, quien mostró su desacuerdo en la medida sugerida, pues la víctima se opuso. Sin mayores problemas, y sin brindar posibilidad a la ofendida para manifestar su renuencia a aplicar esta medida alternativa, el tribunal de instancia concedió la suspensión del proceso a prueba por el término de dos años, a favor del imputado F.L.

- ¿Considera que la actuación del tribunal se encuentra ajustada a derecho?
¿Estima que se ha vulnerado algún derecho fundamental?

Decisión del tribunal

[...] en cuanto al segundo aspecto, identificado con la no aceptación de la víctima en la suspensión del proceso a prueba, nuestro art. 25 párrafo tercero, el cual consagra como condición indispensable para aplicar esta medida alternativa, la manifestación de conformidad de la víctima con la suspensión del proceso a prueba. En el presente caso, examinando en forma detallada el acta de las 15:00 horas del 21 de octubre del 2004 (folio 84), la cual se identifica como “acta de suspensión del proceso a prueba”, se inicia con la propuesta de aplicación, por parte de la defensa, de una reparación integral del daño, donde se requiere que la víctima o, en su defecto, el Ministerio Público la admitan. En este momento, la jueza a quo se le preguntó a la víctima-ofendida M.V.C.C. que si se encontraba conforme con la propuesta que se realizaba, a lo que la misma manifestó su desacuerdo. Posteriormente, la defensa propone la suspensión del proceso a prueba, ofreciendo una reparación simbólica, donde se incluye para nada a la ofendida, así como un trabajo comunal por 200 horas; sobre esta propuesta la jueza a quo da audiencia al Ministerio Público, mostrando dicha Representación su desacuerdo en la medida sugerida, pues la víctima se mostró contraria a ésta. Sin mayores problemas, y sin brindar posibilidad a manifestar su renuencia a aplicar esta medida alternativa, el tribunal de instancia procede a conceder la suspensión del proceso a prueba por el término de dos años, a favor del imputado F.L. Como vemos, en este momento se rompe el principio de equilibrio entre los sujetos que intervienen en el proceso, pues el artículo 25

párrafo tercero contiene como condición indispensable para otorgar la suspensión del proceso a prueba, la conformidad de la víctima con el mismo; siendo que en el presente caso no se toma en cuenta el parecer de la víctima. Inicialmente se le preguntó a la víctima si se encontraba de acuerdo con la aplicación de una reparación integral del daño, donde mostró su no aceptación, aunado a lo cual consta que, al momento de sugerirse la suspensión del proceso a prueba, el Ministerio Público fue consultado, pero mostró su posición contraria, partiendo de la negativa de la ofendida para llegar a la reparación. En definitiva, la ofendida nunca fue consultada acerca de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, asumiendo el tribunal de instancia una posición que transgrede lo consagrado en nuestra legislación. Todo lo anterior, tanto lo relativo a la imposibilidad de acordar la suspensión del proceso a prueba en la etapa de juicio, así como la no consulta indispensable y obligatoria a la víctima-ofendida acerca de la aplicación de la medida cautelar en cuestión, dirige a declarar con lugar el recurso de casación, lo que conduce, irremediablemente, a la nulidad del otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba, así como del acta de las 15:00 horas del 21 de octubre del 2004 (folio 84) donde se acuerda el mismo. Asimismo, se ordena el reenvío del expediente ante el tribunal de instancia correspondiente, para que continúe con la tramitación del proceso.

(S 758-05 de las 9:10 hrs. del 11-08-05 del TCP).

Síntesis del caso

Como primer y segundo motivos del recurso de casación, plantea el representante del Patronato Nacional de la Infancia que la sentencia viola los artículos 119 y 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el artículo 3 inciso 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 30, inciso k del Código Procesal Penal, por cuanto el tribunal de juicio irrespetó la citada legislación que impide la conciliación en los asuntos, en donde existan derechos irrenunciables de las partes y que puedan constituir delitos, dado que en el caso presente, aunque la persona menor de edad ofendida estuviera de acuerdo con conciliar, por tratarse del delito de relaciones sexuales con menor de edad, priva un interés público de la sociedad y no procede acoger tal instituto.

¿Estima que era posible realizar la conciliación? Sí, no, ¿por qué? ¿Considera que resultan vulnerados los derechos de la víctima?

Decisión del tribunal

Considera esta Cámara que efectivamente tal y como lo indica el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia: "No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental ni los que puedan constituir delitos." En lo que se refiere a este artículo, en el libro Proceso Penal en la Jurisprudencia del autor Dr. Javier LLobet se indicó en el Tomo I al folio 168: "La Sala Constitucional estimó que dicho artículo, por ser ley posterior al Código Procesal Penal, eliminó la posibilidad de conciliación en los asuntos en que estuvieran involucrados menores de edad como víctimas. Véase Sala Constitucional, voto 7115-98 del 6-10-1998". De modo tal, el pronunciamiento de la Sala Constitucional es de acatamiento obligatorio erga omnes y por lo consiguiente, la conciliación es improcedente en el caso en estudio, al tratarse del delito de Relaciones Sexuales con persona menor de edad, teniendo la víctima esa característica y encontrarse expresamente prohibido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

(S 922-04 de las 10:05 hrs. del 9-9-04 del TCP).

Síntesis del caso

El procurador penal ambiental formula un recurso de casación contra la sentencia que declaró extinguida la acción penal y dicta sobreseimiento definitivo, a favor de los acusados por el delito de defraudación fiscal, aduciendo, como *primer motivo*, que la sentencia impugnada carecía de fundamentos y quebrantaba los artículos 142, 363, inciso c) y 369, incisos b) y d) del Código Procesal Penal.

Lo anterior se debe a que el juzgador no explica cuáles son las razones por las que tuvo al Ministerio Público, como representante de la víctima que, en este caso, es el Estado, a efecto de acoger la reparación integral del daño propuesta por los imputados.

A su juicio, la sentencia tampoco indica los motivos por los cuales, a pesar de que la Procuraduría General de la República se apersonó dentro del proceso, como representante del Estado y, por ende, de la víctima, su participación fue descartada al momento de acoger la medida alternativa propuesta. Además, señala que esto tiene relevancia por cuanto el Procurador, actuando con el carácter ya indicado, había hecho llegar a los autos una manifestación por escrito, en la cual expresó que, por no haber sido autorizado por el Poder Ejecutivo para aceptar una reparación integral del daño en la presente causa, solicitaba continuar con los procedimientos correspondientes.

¿Quién debía dar la autorización para proceder a la reparación integral del daño?
¿Estima que se ha vulnerado algún derecho?

Decisión del tribunal

Conforme se indica en el escrito de fecha 25 de noviembre de 2002, en el presente caso la defensa de los acusados hizo llegar a la Procuraduría General de la República una propuesta de reparación integral del daño. Al respecto, el Procurador apersonado en el proceso señaló que la citada medida alternativa requería la aceptación de la víctima, es decir del Estado, por lo que, conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, era necesario “obtener una previa autorización del Poder Ejecutivo para aceptar tal propuesta” (ver folio 152). Posteriormente, en escrito de 16 de diciembre de 2002, refiriéndose a la gestión planteada por la defensa, el citado Procurador comunicó al despacho que: “En oficio DM-1790 del 11 de diciembre del 2002, suscrito por el Ministro de Hacienda, se dio respuesta a la diligencia hecha por esta representación, señalando ese Ministerio, como Órgano del Poder Ejecutivo competente en la materia, que considera que no es oportuno aceptar la ejecución de la medida alterna de pago del daño integral propuesta”. Dicho escrito aparece acompañado del oficio en mención (folios 166 a 168). De lo expuesto se desprende sin lugar a dudas que, con razones justificadas o sin estas, el Estado, en su condición de víctima, expresó su negativa a aceptar la medida alterna que se venía proponiendo. Sin embargo, en audiencia realizada el dieciocho de marzo del año en curso, hallándose presentes los acusados... como también la fiscal [...] el

juzgador procedió a aprobar la aplicación del instituto de reparación integral del daño, olvidando que el Estado, en su condición de víctima, se había opuesto a ello (véase folio 196 frente y vuelto). Además, como consecuencia directa de dicha aprobación, con fecha siete de abril de dos mil tres, el juez a quo dictó sentencia de sobreseimiento por extinción de la acción penal a favor de ambos imputados (folios 202 a 210). Es evidente que, al actuar de ese modo, se violentó el inciso j) del artículo 30 del Código Procesal Penal, pues dicha norma no solo exige que la reparación integral sea hecha a entera satisfacción de la víctima, sino que, además, cuando se trate de un daño que deba conceptuarse como de naturaleza particular (por oposición al daño de carácter social), es menester que la víctima haya admitido esa reparación. No cabe duda que en este caso la condición de víctima la tiene el Estado y que dicho ente ya había señalado, por medio del profesional que ejerce su representación legal, el rechazo a la medida alternativa propuesta. No podía el Ministerio Público arrogarse las facultades de la víctima debidamente apersonada en el proceso. Como lo reclama el impugnante, el fallo recurrido deviene inválido, porque se basa en una actuación realizada en contra de lo que dispone la ley. En consecuencia, corresponde declarar con lugar el recurso y anular la sentencia de sobreseimiento por extinción de la acción penal, así como el acto mediante el cual se aprobó la reparación integral del daño (artículo 450 del Código Procesal Penal).

(S 1112-03 de las 9:42 hrs. del 31-10-03 del TCP).

Síntesis del caso

La representante del Ministerio Público planteó un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado por el delito de tentativa de violación cometido en perjuicio de un menor de edad. Alegó el vicio de violación al debido proceso por preterición de prueba fundamental. Invoca los artículos 139, 142, 180, 182, 183, 184, 208, 237, 320, 324, 336, 352, 355, 362 y 363 del Código Procesal Penal. Adujo que es obligación del juzgador la búsqueda de la verdad real y, como tal, debía valorar la totalidad de la prueba fundamental.

En el presente asunto era esencial escuchar los testimonios de K.A.J.A, J.G.O. y A.L.A.C, quienes no se presentaron al debate en una primera oportunidad;

razón por la cual se ordenó la presentación de los mismos. Sin embargo, la orden de presentación no se hizo efectiva, por cuanto los personeros de la oficina de localizaciones manifestaron que no los dejaron entrar a la vivienda, y que la tía del ofendido y de los testigos manifestó que ella los presentaría al juicio, lo que no cumplió.

En razón de lo anterior y ante una solicitud de la defensa, el tribunal optó por prescindir de esos testimonios. Adujo la recurrente que se trata de prueba esencial, pues se trataba del ofendido y los testigos de cargo propuestos. Incluso el propio juzgador admitió su relevancia.

En el segundo motivo de casación, reclamó el vicio de fundamentación incompleta de la sentencia. Reclamó la violación de los artículos 116, 117 y 118 de la Ley de Justicia Penal Juvenil; 142, 180, 181, 182, 183, 184, 320, 355, 362, 363, 443 y 444 del Código Procesal Penal. Argumentó que en la sentencia el tribunal hace una afirmación que carece de fundamento, pues determinó que el ofendido y los testigos carecían de interés.

¿Cuál debe ser el procedimiento por seguir en este caso? ¿Estima que el tribunal podía prescindir de las declaraciones por tratarse de un delito sexual contra persona menor de edad? Aplique las reglas para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales.

Decisión del tribunal

En el presente caso, mediante resolución de las 14:00 horas del 17 de enero de 2006, el Juzgado Penal Juvenil de San José admitió, entre otra prueba, los testimonios de K.A.J.A, A.L.A.,C. y J.G.O. y señaló fecha y hora para debate (folio 132 y 133). En la fecha programada para el debate no se hicieron presentes los referidos testigos y la unidad de localizaciones y citaciones del Poder Judicial aportó una constancia de donde se desprende que la citación fue recibida por A.A. (folio 137). En razón de lo anterior, la representante del Ministerio Público solicitó la suspensión del debate y pidió que se le entregara copia de la respectiva orden con el fin de coadyuvar con la presentación de la prueba (acta de debate de folio 138 y 139). Solicitud que fue acogida por el juzgado penal juvenil, procediéndose a la reprogramación del debate (folio 139). En la fecha fijada para la continuación no se

hizo presente ninguno de los testigos, por lo que el juez, a solicitud de la defensa y con la oposición de la fiscalía, prescindió de la prueba y procedió a dictar la sentencia absolutoria (Acta de debate de folio 138 a 142 y sentencia de folio 143 a 148). En relación con la orden de presentación, la misma fue devuelta por la oficina correspondiente, aduciendo que las personas requeridas fueron “ubicadas” y que “no se presentaron pues la tía se comprometió a traerlos, la misma no dejó ni hablar con las partes” (folio 137). Así las cosas, resulta evidente que los testigos propuestos y admitidos fueron localizados, pero que no se hicieron presentes al debate. De donde no resultaba procedente prescindir de los testigos sin la anuencia de todas las partes. Además, el juzgador, a partir de la constancia referida concluye que el ofendido y los testigos no tienen interés en el proceso. Conclusión que no se extrae del citado documento. En ninguna de las dos ocasiones se acredita que el perjudicado o alguno de los testigos haya recibido la orden de citación o por lo menos, conste que efectivamente conocieron de la convocatoria al juicio. En ambos casos la cita se dejó con una tercera persona. En la orden de presentación quien los atendió fue la tía y ella asumió el compromiso de llevarlos al juicio, situación que no cumplió. No existe ningún fundamento para estimar que si no han comparecido al debate sea por falta de interés, pues como se dijo, ni siquiera se sabe si fueron efectivamente citados. Incluso, asumiendo que ello fuera así, la no comparecencia pudo haberse motivado en razones distintas a la falta de interés, como podría ser la existencia de amenazas o presiones para evitar que declaren en juicio. Desde luego, ello es absolutamente especulativo, pero igualmente posible a la tesis sostenida por el juzgador. De lo expuesto se determina que la prueba, una vez admitida, no puede prescindirse sin el acuerdo de todas las partes. Solamente cuando no es habida puede el juez prescindir unilateralmente de ella. En cuanto al ofendido y los testigos, en tesis de principio, los mismos se encuentran obligados a comparecer ante el llamado de las autoridades jurisdiccionales, quienes incluso pueden hacer uso de la fuerza para presentarlos al juicio. Desde luego, que ésta posibilidad debe verse con mucha cautela y aplicarse excepcionalmente a fin de evitar la revictimización. No se trata de aumentar el daño sufrido por el ofendido o provocar más violencia con la aplicación de la ley. Se pretende que el juzgador aplique los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son consustanciales al

derecho penal. Especialmente en el Derecho Penal Juvenil, donde, además de los principios propios del derecho penal, se aplican otros principios específicos. De acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección Integral no solo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. A nivel constitucional, el artículo 51, dispone la obligación del Estado de proteger integralmente a las personas vulnerables, entre ellas, a las personas menores de edad. Incluso, en el artículo 55 de ese mismo cuerpo normativo, crea una institución autónoma encargada no solo de velar por los derechos sino exigirlo a través de los medios legales establecidos dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Siempre dentro del bloque de constitucionalidad tenemos el artículo artículo 3, párrafo primero de la Convención de los derechos del Niño que establece “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte el artículo 19 de la misma convención dispone: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”. Dentro de la legislación especializada el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el “Interés Superior” como principio rector en la aplicación e interpretación de la ley, para lo cual las autoridades deben considerar su condición de sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, madurez, capacidad de

discernimiento y demás condiciones personales, la condiciones económicas, el interés individual y social. Norma que se complementa con el artículo 24 de la misma ley que tutela el “Derecho a la integridad. Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores”. Todo esto se complementa con las Reglas Prácticas para reducir la revictimización de las Personas Menores de Edad en los Procesos Penales, emitida por la Corte Plena en el artículo XI de la sesión No: 28-02 del 24 de junio de 2002. En dichas reglas se establecen directrices específicas y obligatorias en cuanto al manejo de las víctimas menores de edad en los procesos penales. Dentro de ellas se destacan los principios de Interés Superior del Niño, la celeridad, la privacidad, la confidencialidad, el consentimiento informado entre otros. Sin embargo, en lo que aquí interesa conviene transcribir los puntos XVI y XVII de dicho acuerdo, en donde se dispuso: “VI.- Referencia técnica en casos de abuso sexual. En los casos de abuso sexual el niño, niña o adolescente ofendido, el juez o la autoridad judicial que corresponda deberá ser remitido, con la mayor brevedad posible, al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto-Juvenil del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o, en su defecto, considerar la posibilidad que la persona menor de edad sea atendida por profesionales del Patronato Nacional de la Infancia y/o de la Caja Costarricense de Seguro Social. En todos aquellos casos donde el perito forense recomienda tratamiento psicológico para las víctimas de abuso sexual niños, niñas o adolescentes, el Fiscal, al rendir sus conclusiones en la etapa de juicio, deberá solicitar al Tribunal que en sentencia se ordene el Patronato Nacional de la Infancia brindar ese tratamiento. El juez podrá también dictarlo de oficio. Para tales efectos, el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial hará un estudio y se levantará un listado de las oficinas del PANI y CCSS del país, así como de organizaciones no gubernamentales, para tener alternativas de atención a los niños, niñas o adolescentes. XVII.- Personas menores de edad testigos en delitos. En delitos en los que se cuente con testigos niños, niñas o adolescentes, estos contarán con todas las garantías establecidas para el caso de personas víctimas menores de edad”. De lo anterior se colige la importancia que el ordenamiento jurídico le

concede a la víctima y sus derechos. Por eso, lo pertinente es que una vez que la autoridad se imponga de la existencia de una agresión sexual, remita a la víctima al Programa de Atención a la Violencia Sexual Infante - Juvenil del Poder Judicial con el fin de que le brinde el abordaje requerido y hagan las remisiones pertinentes. Incluso se hagan las coordinaciones necesarias para que pueda recibir tratamiento terapéutico, si lo requiere. Se trata de atender integralmente a la víctima y concientizarla respecto a la importancia de contar con su declaración en las distintas fases del proceso. Si después de brindarle la atención requerida, la víctima, de manera libre y voluntaria, no desea continuar con el proceso o no quiere presentarse a juicio y declarar, corresponderá al juez, con aplicación de los principios específicos de la justicia penal juvenil y los generales del derecho penal, de razonabilidad y proporcionalidad, el determinar si lo obliga o no a presentarse al debate. No consta en autos que ninguna de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, remitiera a la víctima al programa señalado o que le hicieran alguna de las coordinaciones requeridas. Especialmente cuando la propia pericia psicosocial (folio 31 a 42) así lo recomendaba y la misma trabajadora social del Poder Judicial solicitó aplicar las reglas dispuestas por Corte Plena para evitar la revictimización. Sin embargo, nada de ello se ejecutó y por el contrario, de manera precipitada y sin fundamento se concluye que el ofendido no tiene interés en el proceso. En consecuencia, al existir los vicios reclamados se declaran con lugar los dos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación del Ministerio Público. Se anula integralmente la sentencia y el debate que le precedió y se ordena el reenvío para la nueva sustanciación.

(S 487-06 de las 8:45 hrs. del 26-05-06 del TCP).

Síntesis del caso

En la Fiscalía de Delitos Sexuales se investiga una causa contra JSM por el delito de violación en perjuicio de su hermana MSM, quien es mayor de edad. En la acusación se ofrece como testigo a una hermana de ambos de nombre LSM. Estando en la audiencia, el tribunal dispone que, atendiendo a las recomendaciones

del dictamen psicológico y ante el temor manifiesto de la víctima y testigo, quien tenía problemas de retardo mental y con el único fin de asegurar la integridad física, psicológica y moral de las deponentes, el imputado no va a estar presente al momento de la declaración y señala que se le garantizará a este el derecho de defensa técnica y la defensa material.

Por cuanto después de que declaren se le informará del contenido de las declaraciones. Asimismo, podrá solicitar la aclaración vía interrogatorio de cualquiera de los puntos aludidos por estas. La defensa hace la protesta respectiva haciendo ver al tribunal que la testigo y la víctima a la fecha son mayores de edad. El tribunal mantiene su decisión y, concluida la recepción de la prueba testimonial y documental, dicta sentencia condenatoria contra el imputado. La defensa presenta un recurso de casación y se le da audiencia del mismo. “La defensa pública del encartado reprocha, con base en los artículos 12, 82, inciso d) y 178, inciso a) del Código Procesal Penal que se quebrantó del debido proceso en virtud de que el a quo dispuso recibir los testimonios de la ofendida y su hermana A. S. M. sin permitir la presencia del justiciable”.

¿Cómo califica usted la actuación del tribunal? ¿A su juicio, se violó el derecho de defensa del imputado, tomándose en cuenta que la ofendida y testigos son mayores de edad?

Decisión del tribunal

La defensa pública del encartado reprocha, con base en los artículos 12, 82 inciso d) y 178 inciso a) del Código Procesal Penal, quebranto del debido proceso en virtud de que el a quo dispuso recibir los testimonios de la ofendida y su hermana A. S. M. sin permitir la presencia del justiciable. La queja es inatendible. El artículo 8.1.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, como una de las garantías mínimas de toda persona inculpada de delito el “[...] 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”. En similares términos, el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el imputado tiene derecho “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". Si bien el derecho del imputado a escuchar y ser partícipe activo en la producción de la prueba constituye una garantía fundamental, en supuestos excepcionalmente calificados se admite que ese derecho pueda ser restringido, en procura de tutelar otros bienes jurídicos de rango constitucional. También se obtiene de las normas antes citadas que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no excluyen esa posibilidad, siempre que en ningún caso se restrinja la defensa técnica. La Sala Constitucional en el voto No. 3020-96 de 11,48 horas de 9 de junio de 1995 señaló: "[...] conforme a lo expuesto en la sentencia 1739-92 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, el imputado tiene derecho a ser asistido por un defensor letrado, o a defenderse personalmente y que sea cual sea el método que escoja, ese derecho implica el irrestricto acceso a las probanzas y actos, siendo procedentes solo aquellas restricciones indispensables para impedir el entorpecimiento de la averiguación de la verdad real de los hechos. También ha señalado esta Sala que no toda nulidad conlleva una violación al debido proceso sino solo aquellas que causen un grave perjuicio a los intereses de la defensa. En ese sentido se estima que si bien la adecuada defensa y representación en todo momento, es un elemento integrante del debido proceso, al haber puesto el Tribunal en conocimiento inmediato al imputado de lo declarado por el co-imputado, según consta en el acta de debate, quedando informado de todo lo declarado con oportunidad de repreguntar, derecho éste que se le reconoció y no ejerció, según consta en el acta de debate (tomo II, folio 749), no se causó una lesión al principio en análisis, pues si bien se le perturbó su ejercicio, el Tribunal reconoció una forma eficaz para su respeto, lo que no fue protestado oportunamente por el interesado; el juez como equilibrador del proceso, le dio acceso pleno e irrestricto a la información e incluso oportunidad de ejercer su defensa sobre ese acto a través de la repregunta. [...]". También esta Sala ha admitido, en casos excepcionales que se aleje al imputado de la audiencia temporalmente para garantizar la seguridad física y psicológica de los declarantes, siempre que concurren elementos de convicción que evidencien que existe el riesgo de algún serio menoscabo (cfr. votos No. 1043-97 de 14,35 horas de 30 de setiembre y No. 1474-97 de 8,40 horas de 23 de diciembre, ambas de 1997; así como el No. 483-01 de

9,15 horas de 25 de mayo de 2001). En el presente caso, consta del acta de debate y de las razones expuestas en el propio fallo que se evacuó en forma privada y sin la presencia del justiciable (aunque sí de la defensora) el testimonio de la ofendida atendiendo a las recomendaciones del psiquiatra forense, quien hizo ver la necesidad de no someterla a nuevos interrogatorios a fin de evitarle una crisis de agresividad, tomando en cuenta que padece retardo mental (cfr. folios 33 y 68). El a quo, conforme se aprecia, no omitió evacuar el testimonio (cual lo recomendaba el médico), sino que dispuso recibirlo en las condiciones que se vienen exponiendo y de igual manera se escuchó la declaración de la testigo A. S. M, en virtud de que los juzgadores observaron su “estado de nerviosismo” cuando se le requirió en la sala de debates: reaccionó con llantos y gritos y expuso que deseaba declarar pero sin la presencia del justiciable, pues este último “[...] con la señora madre la había mandado a amenazar[...].” (folio 69). Estima la Sala que las razones que cita el a quo, considerando además la naturaleza de los hechos que se investigan (delitos de violación) y la circunstancia de que tanto la víctima como la testigo A. son hermanas del acusado, justifican plenamente la medida de recibir sus declaraciones en privado y sin que tuviesen contacto visual con el encartado. Aun cuando el artículo 212 del Código Procesal Penal solo se refiere a la posibilidad de practicar este tipo de pruebas especiales en privado (es decir, en ausencia del público, dentro del cual no se incluye obviamente al imputado), es criterio de la Sala que este puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía supralegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior. En la especie, aunque las declarantes son mayores de edad, ha de recurrirse a las previsiones de la Convención para erradicar la violencia contra la mujer, introducida al derecho costarricense por ley No. 7499 de 2 de mayo de 1995 que, entre otras cosas, dispone: “Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya

compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...]”; “Artículo3: Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”; “Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos [...]”; “Artículo 7: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; [...] f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. Es evidente que el disponer, en un caso como el que aquí se examina, que las testigos declararan en ausencia del justiciable, constituye una medida encaminada a proteger de manera primordial la integridad física, psicológica y moral de las deponentes, atendiendo a las particulares circunstancias que se observan (ligamen consanguíneo, probabilidad de inducir graves crisis de agresividad en la víctima, existencia de amenazas por parte del acusado contra la otra testigo). Desde luego, normalmente será posible establecer un justo equilibrio entre los valores y derechos en conflicto, de modo que todos puedan ser satisfechos con un mínimo sacrificio y a ello deben dirigirse los esfuerzos de los juzgadores que en esto, como respecto de otros actos, han de buscar un sano balance y de ello deberá tomar nota el a quo en lo sucesivo. Así, será preciso que al aplicar estas medidas de estricto carácter excepcional, los jueces recurran a técnicas que en

cuanto sea posible, impidan el contacto físico y visual entre el declarante y el acusado, pero permitan a este escuchar el testimonio y mantener algún tipo de comunicación con su defensor técnico; o incluso utilizar dispositivos que distorsionen la voz, si lo pretendido es proteger la real identidad física del deponente que podría ser identificado por ese medio; y sin perjuicio del alejamiento completo de la audiencia si el justiciable ejecuta conductas que ameriten adoptar ese tipo de acciones disciplinarias (por ejemplo: si profiere amenazas contra el testigo mientras este se halla en la sala), lo que en todo caso conviene se le advierta de previo al acusado. Ahora bien, aunque el Tribunal no recurrió a ninguna de esas técnicas, lo cierto es que la defensa no atina a concretar cuál fue el agravio real y efectivo causado a los intereses de su defendido, sino que se conforma con invocar el derecho de este de presenciar la práctica de la prueba, derecho que, conforme se ha hecho ver, no es absoluto y así lo prevé nuestra ley positiva -al permitir que se aleje a un imputado mientras los demás coimputados rinden su declaración, aunque desde luego esta medida posee un fundamento diverso a los que aquí se analizan- y lo han reconocido este Despacho, la Sala Constitucional e incluso el voto No. 50 de 12 de enero de 2001 que cita quien recurre y que dictó el Tribunal Superior de Casación. Se obtiene del acta de debate (folio 49) que de inmediato al recibo de los testimonios, el Tribunal informó al imputado su contenido, haciendo así surgir la posibilidad de plantear repreguntas o cuestionamientos y ejercer su plena defensa material, pues los testigos podrían haber sido interrogados de nuevo, en presencia de la defensora técnica, como se realizó con anterioridad. En esta tesitura, no encuentra la Sala -ni lo señala quien impugna- cuál perjuicio efectivo se causó a los derechos e intereses del acusado que ameritase la invalidez o ineficacia del fallo, pues tales medidas solo pueden decretarse cuando constituyan el único modo de eliminar un agravio real y constatable, no ante la simple expectativa hipotética de que las cosas pudieron suceder de otra manera. En mérito de lo expuesto, se desestima el reproche.

(S 1226-01 de las 9:50 hrs. del 14-12-01 de la STC).

TEMA 3. PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS QUE INTEGRAN EL DEBIDO PROCESO

En el desarrollo de este tema, se hace referencia al contenido y alcances de los más importantes componentes del debido proceso, según lo contemplado en nuestra legislación y jurisprudencia. Nos referimos a los principios, derechos y garantías, porque cada una de estas categorías tiene una connotación distinta.

El principio es un valor superior que se constituye en parámetro de constitucionalidad. Se trata de ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, las cuales emanan de la conciencia social y cumplen una función fundadora, interpretativa y supletoria, respecto del ordenamiento jurídico. En este sentido, los principios constituyen verdaderas fuentes normativas; se traducen en disposiciones positivas como normas no escritas, aun cuando puedan estar expresamente reconocidas en la norma fundamental que se sustenta en los valores supremos del ordenamiento jurídico.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que derivan del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, los cuales han sido positivizados en el ordenamiento jurídico, ya sea en la Constitución Política o en instrumentos de derecho internacional.

Las garantías, por su parte, son instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico dispone para la efectiva tutela de los derechos fundamentales. Comprenden todos los mecanismos jurídicos para hacer efectivo el respeto del derecho subjetivo.

En el caso de los elementos del debido proceso, tenemos una mezcla de todo lo anterior, porque en todos ellos, se encuentra implícita o expresamente desarrollado un principio fundamental que, a su vez, se traduce en un derecho subjetivo positivizado y además puede hacerse valer directamente dentro del proceso, constituyéndose así cada uno de ellos en verdaderas garantías constitucionales.

No se realiza un desarrollo exhaustivo de cada uno de los temas, sino que se exponen los elementos esenciales ligados a su aplicación práctica que se refleja en la resolución de los diversos casos sometidos a conocimiento de los tribunales. Por estos motivos, se hará referencia a las líneas jurisprudenciales más relevantes, tanto de la Sala Constitucional, como de la Sala Tercera de la Corte y el Tribunal de Casación Penal.

3.1 BREVE NOCIÓN DEL DEBIDO PROCESO

El derecho a un juicio previo, conforme al debido proceso, tiene su origen en la Carta Magna inglesa del diecisiete de junio de 1215, la cual establecía:

*Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos de él, no lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país*⁴¹.

El contenido de esta Carta representó un alivio ante los excesos del rey “Juan sin Tierra” y de sus predecesores. Si bien en esta se contempló básicamente el debido proceso “legal”, la doctrina se extendió al denominado debido proceso constitucional, según el cual, el proceso, además de estar regulado por ley formal y reservado a esta, en su mismo contenido, debe ser garantía de toda una serie de derechos y principios que tienden a proteger a la persona humana frente a la arbitrariedad, no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador, y se llega a entender que la expresión de la Carta Magna inglesa, se refiere en general a todo el sistema de las garantías -todavía solo procesales o instrumentales- implicadas en la legalidad constitucional.

En la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, se extendió el debido proceso a lo que se conoce como debido sustantivo o sustancial que fue ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre todo para afirmar su jurisdicción sobre los estados federados y que atiende a la razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos o privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también a principios fundamentales, tales como: la equidad, la proporcionalidad y la razonabilidad.

En nuestra legislación, el principio del debido proceso se desprende de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Política, al señalar que:

41 Así referido por Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal: garantías procesales, primera parte. San José, Editorial Jurídica Continental, tomo II, p. 111, 2005.

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Y el 41 que expresa:

Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

También se encuentra reconocido en diversos textos de derecho internacional, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11 inciso 1), que señala: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*, y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 7 y 8; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9, 10, 11, 14 y 15, y otros, tales como: la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de la ONU contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Por su parte, Javier Llobet define al debido proceso como:

Un principio que está relacionado también con el Estado de Derecho, en cuanto se garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, de modo que no pueden ser condenados si no es conforme a una serie de normas que garanticen en definitiva el respeto a su dignidad humana, especialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa, lo mismo que la imparcialidad del juzgador⁴².

Y agrega este autor que el principio de debido proceso no solo está relacionado con el principio de Estado de derecho, sino también con el de Estado social de derecho, en cuanto se establece la obligación del Estado de proveer una defensa

42 Llobet, óp. cit., pp. 132-133.

técnica a los imputados que no pueden pagarla, unido a la garantía de que se le provea en forma gratuita al imputado de un intérprete, cuando así lo requiera.

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales⁴³ de carácter procesal o instrumental de un derecho penal democrático. Por ello, una de sus características esenciales es la de ser “*numerus apertus*” de manera que ni el texto de la ley ni lo que resuelva la jurisprudencia los agotan. Estos derechos pretenden someter la facultad punitiva estatal a límites que impidan que el ejercicio de esta desconozca la dignidad de las personas objeto de persecución.

Para imponer una sanción a una persona por la comisión de un hecho punible, se requiere demostrar su culpabilidad, mediante la realización de un proceso en donde se haya cumplido con todos los principios, derechos y garantías previstos, tanto en el ordenamiento jurídico nacional, como en los instrumentos de derecho internacional y derechos humanos que se entienden incorporados al bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política. Sobre el particular, señalan las autoras Rosaura Chinchilla y Rosaura García:

Esa integración de diversos principios, garantías y derechos ha dado cabida para sostener que el “debido proceso” conlleva una protección compleja, en el tanto en que también cada uno de sus componentes constituye una sola garantía y ninguno de ellos puede ser aplicado con menosprecio de los restantes. Además, toda la materia procesal está reservada a la ley formal, la que debe ser suficiente para regular la actividad jurisdiccional y de las partes y para asegurar, material y formalmente, la eficacia de las exigencias contenidas en ella. Así, las vulneraciones a la mera legalidad, por virtud de este principio, se consideran como ataques al debido proceso, de rango constitucional⁴⁴.

La Constitución Política de Costa Rica no contempla un listado exhaustivo de los distintos principios, derechos y garantías que comprende el debido proceso.

43 Como derechos fundamentales, se entienden los derechos humanos positivizados, es decir, incluidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico. Los derechos humanos son aquellos inherentes a toda persona humana, los cuales surgen a partir del reconocimiento de su dignidad.

44 Chinchilla Calderón y García Aguilar, *óp. cit.*, p. 39.

Conforme se verá, la Sala Constitucional en numerosos pronunciamientos ha ido delineando las pautas por seguir, en relación con los diversos aspectos del debido proceso y su aplicación.

Al haber establecido la Ley de Jurisdicción Constitucional, la obligación de consultarle sobre los diversos aspectos que se aleguen como violación al debido proceso en los procedimientos de revisión de la sentencia (artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), se ha posibilitado la consolidación de una vasta producción jurisprudencial, donde se han ido definiendo el contenido, los alcances y condiciones de cada uno de los derechos y garantías que se califican como integrantes del debido proceso. Así actualmente en virtud de la jurisprudencia de la misma sala, ya no es necesario formular la consulta, cuando se trate de temas que hubieran sido tratados, y tanto la Sala Tercera de la Corte como el Tribunal de Casación Penal deben resolver con base en dichos criterios⁴⁵.

En la sentencia 1739-92, se sentaron las bases jurisprudenciales en torno a esta temática, definiendo como fuentes del debido proceso, la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y la legislación secundaria. No obstante, el círculo de garantías se ha ido ampliando, incluyendo temas que no fueron tratados en esa sentencia, como, por ejemplo, todo lo relacionado con los derechos de las víctimas.

Nos referiremos en las páginas siguientes a los principios, derechos y garantías integrantes del debido proceso, sin pretender agotar el tema y dándoles énfasis a los pronunciamientos que se han dictado en los casos conocidos, tanto por la Constitucional como por la Sala Tercera de la Corte y el Tribunal de Casación Penal, procurando con ello que pueda servir como una herramienta en la labor fiscal.

3.2 PRINCIPIO DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una opción política y de seguridad jurídica, base del sistema penal en una democracia, a favor de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad del culpable. Concebido como derecho del ser humano y principio fundamental del proceso penal, encuentra sus orígenes en

⁴⁵ Así establecido en la sentencia 9384-01 de las 14:46 hrs. del 19-09-01 de la Sala Constitucional, Llobet Rodríguez, óp, cit. p. 140.

la doctrina de la Ilustración como reacción ante los abusos de la Inquisición, receptada por la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 9, dispuso:

Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.

En la doctrina se presenta una discusión en cuanto a la existencia de la presunción de inocencia. La Escuela Clásica defendió su existencia, y su representante más reconocido fue Francesco Carrara para quien esta constituye un principio fundamental del proceso penal.

Por su parte, la teoría positivista de la criminología italiana, representada por Lombroso, Garofalo y Ferri, combate la idea de la presunción de inocencia, considerando que esta se constituye en un obstáculo que favorece la libertad de los imputados, aun cuando esto pudiera significar un peligro común y una provocación a la víctima del delito.

El fascismo italiano también criticó la presunción de inocencia, y uno de los principales exponentes fue Vincenzo Manzini, para quien resulta absurdo considerar como inocente al imputado, contra el que se realiza la imputación y se dicta la custodia preventiva.

En Latinoamérica, el argentino Vélez Mariconde se ocupó del tema y adujo que no se debe hablar de una presunción de inocencia que no existe, sino de un estado jurídico del imputado que es inocente, hasta que sea declarado culpable por sentencia firme. Se trata en su caso más bien de una disconformidad terminológica, más que de fondo.

En Italia, a raíz de las críticas de Manzini a la presunción de inocencia, al promulgarse la Constitución de 1947, se optó por incluir una disposición, señalando que el imputado no será considerado culpable, sino hasta la sentencia definitiva, lo cual es definido por la doctrina italiana como “presunción de no culpabilidad” (concepción negativa).

Esa redacción es asumida por diversas legislaciones latinoamericanas, incluyendo el Código de Procedimientos Penales costarricense de 1973, el cual en su artículo 1, señalaba que nadie será considerado culpable, mientras una sentencia firme no lo declare como tal⁴⁶.

A pesar a la discusión doctrinal, la presunción de inocencia es admitida en los diversos instrumentos internacionales, como un principio esencial del proceso penal. Así, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En idéntico sentido está contemplado en los artículos 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26.1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Constitución Política no prevé en forma expresa el principio de presunción de inocencia, aunque sí se encuentra regulado implícitamente en el artículo 39, en cuanto exige la demostración de culpabilidad para que alguien pueda ser condenado.

El Código Procesal Penal lo regula en el artículo 9, al establecer:

ARTICULO 9.- Estado de inocencia.

El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

46 Así expuesto por Llobet Rodríguez, óp. cit. pp. 137-177.

Se trata de una garantía política o límite a la actividad sancionatoria del Estado, la cual protege a quien es investigado por la comisión de un delito y se concibe en una doble dimensión: como regla de juicio o regla probatoria y como regla de tratamiento del imputado⁴⁷.

Si el imputado debe ser tratado, como si fuera inocente, es porque estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada en sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo así el estado de inocencia. Al respecto, señala Ferrajoli:

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena⁴⁸.

Este mismo autor refiere que la presunción de inocencia es tanto una garantía de libertad y verdad, como una garantía de seguridad, en el sentido de que en un Estado en que esta se respeta, los ciudadanos pueden tener confianza de que no van a ser arbitrariamente privados de su libertad ni tratados como culpables, sin que una sentencia dictada como resultado de un proceso justo, así lo haya declarado.

La Sala Constitucional ha definido dicho principio, refiriéndose tanto a su base normativa como a su contenido:

E) El principio de la inocencia. [...] se deriva del artículo 39 de la Constitución, en cuanto éste requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción.

47 Un ejemplo de la presunción de inocencia como regla de trato es la diferencia de ubicación que, en el sistema penitenciario debe dárseles a los indiciados en relación con los sentenciados. (Sentencia 3126-96 de la Sala Constitucional). También es importante la reserva que es necesario mantener con los medios de prensa, en relación con los asuntos que se encuentran en investigación. (Sentencia 1024-94 de la Sala Constitucional).

48 Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Quinta Edición, Madrid, 2001, p. 549.

Además en virtud del estado de inocencia del reo, no es él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación, con efectos complementarios como la imposibilidad, durante el proceso, de coaccionarlo y, con mayor razón aún, de someterlo a torturas o tratamientos crueles o degradantes -expresamente proscritos por el artículo 40 de la Constitución-, así como el de que su libertad sólo puede restringirse de manera cautelar y extraordinaria para garantizar los fines del proceso, valga decir, para prevenir que eluda la acción de la justicia u obstaculice gravemente la comprobación de los hechos, o para evitar que éstos se repitan en ciertos casos graves -como en los abusos sobre personas dependientes-; pero nunca invocando la gravedad de los delitos o de las pruebas que existan en su contra, precisamente porque su estado de inocencia veda de modo absoluto el tenerlo, directa o presuntivamente, por culpable. Por lo demás, en caso de que en el curso del proceso haya que imponer al reo una privación de libertad, ésta ha de cumplirse en las condiciones del menor daño posible al propio reo y a sus familiares, y siempre separándolo de los reos condenados y en lugares no destinados a éstos. En síntesis, el imputado debe ser considerado y tratado como ser humano, con el respeto debido a su dignidad de tal, y desde luego como sujeto principal, no como objeto secundario de la relación procesal.

(S 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1-07-1992 de la SC).

La Sala Tercera de la Corte también lo define como elemento esencial del debido proceso, según el cual corresponde al órgano requirente demostrar ante el órgano judicial que el imputado es culpable, mediante la realización de un juicio, donde se respete plenamente el derecho de defensa del imputado:

Como parte del debido proceso ciertamente se contemplan los principios de inocencia e in dubio pro reo. El primero obliga a considerar a la persona sometida a la persecución penal como inocente, hasta que se demuestre su culpabilidad. El segundo, el cual está íntimamente relacionado con el anterior, implica que en aquellos casos en los que haya duda sobre si el individuo cometió el delito que se le imputa, deberá absolversele de toda responsabilidad y pena. El respeto de ambas máximas es una exigencia derivada del denominado debido proceso. Este último es un enunciado que abarca todas las reglas

mínimas que debe observar el Estado para poder aplicar una sanción penal a una persona. El instituto de comentario encuentra sustento en la Constitución Política, derivándolo esencialmente (aunque hay otras normas constitucionales que se refieren al mismo) de la relación de sus artículos 39 y 41, de los cuales se extrae –entre otras cosas- la obligación de seguir un proceso judicial para determinar si el sujeto acusado en efecto cometió el ilícito y cuál es la pena que le corresponde por ese hecho. También queda claro que tiene la oportunidad de defenderse y que corresponde al requirente demostrar ante el órgano jurisdiccional que el endilgado efectivamente es responsable por la conducta acusada. Esas directrices que emanan de la Ley Fundamental se ven respaldadas por disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El artículo 10 de la Declaración Universal establece el derecho de toda persona “a ser oída públicamente y con justicia” en los Tribunales, a los cuales les compete resolver las acusaciones que se presenten en materia penal. En el artículo 11 de ese cuerpo normativo se dispone que todo individuo acusado de haber cometido un delito tiene el derecho de que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad de conformidad con la legislación y tras haber celebrado un juicio público en el que se garantice la posibilidad de defensa. Es importante destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas dejó establecido, al promulgar el texto de comentario, el marco mínimo de derechos que debe respetar todo Estado para poder sancionar penalmente a un ser humano y esas disposiciones inciden necesariamente en la regulación que a lo interno haga cada país para aplicar la justicia penal. Lo anterior se encuentra estrechamente ligado con la decisión de los pueblos americanos de adoptar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho instrumento –también conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”–, al igual que la Declaración ya mencionada, contiene en su articulado algunas reglas de observancia obligatoria en materia penal. Por ejemplo, en el artículo 8 inciso 1) se establece el derecho a que las acusaciones penales sean resueltas por órganos jurisdiccionales. Además, en el inciso 2) de ese mismo numeral se regula la presunción de inocencia, de forma tal que todo ser humano que se encuentre en el territorio de los países suscriptores será considerado inocente de los hechos que se le imputan, hasta que

se determine legalmente su culpabilidad. Asimismo, en este inciso se enumeran algunas garantías inquebrantables que deben respetarse a quienes se encuentran sometidos a la persecución penal.

(S 1013-01 de las 10:15 hrs. del 19-10-01 de la STC).

A pesar de que la doctrina en general admite la existencia del principio de inocencia, como principio fundamental del derecho penal, no hay un acuerdo unánime en cuanto a su contenido, excepto en el caso del principio de *in dubio pro reo* que es generalmente aceptado como derivado de aquel.

En lo que también concuerdan los autores es en que la presunción de inocencia ejerce influencia sobre todo el desarrollo del proceso. Por ejemplo, no se puede obligar a nadie que demuestre su inocencia; no se le puede presionar para que declare; no se le puede obligar a hacer prueba en su contra o a someterse a tratamientos degradantes; ni se puede brindar información irrestricta a la prensa sobre los asuntos pendientes de resolver.

Para efectos metodológicos, adoptaremos el contenido de la presunción de inocencia, expuesto por las autoras Rosaura Chinchilla y Rosaura García, para quienes se consideran derivaciones del principio de inocencia: la exigencia de interpretación restrictiva de normas que restringen la libertad, la exclusión de la carga de la prueba a quien sea imputado, el *in dubio pro reo*, el uso de la coerción para casos estrictamente necesarios, el juicio previo y la legalidad del proceso⁴⁹.

3.2.1 Interpretación restrictiva de normas que restringen la libertad

Se enuncia como un derivado de la presunción de inocencia. Está contemplado en el artículo 2 del Código Procesal Penal que señala:

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezca la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.

49 Así señalado por Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura, óp. cit., pp. 210-211.

Como puede observarse, en esta norma se hace referencia no solo a la limitación de la libertad personal, sino también a la restricción de los derechos o poderes conferidos a los sujetos del proceso, incluyéndose entonces por supuesto, los derechos de las víctimas y otras partes dentro del proceso.

3.2.2 La exclusión de la carga de la prueba al imputado

Según este principio, al Ministerio Público o, en su caso, al querellante, le corresponde demostrar la culpabilidad del imputado, sea la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, desvirtuando así su estado de inocencia. El imputado no tiene obligación de demostrar su inocencia ni de aportar prueba alguna, aunque sí un poder o facultad para demostrar hechos de su interés.

Claro está, este principio no puede ir en detrimento del principio de objetividad del Ministerio Público, quien está obligado también a investigar los aspectos que favorezcan al imputado, conforme se estudió en el tema II de este manual.

Señala Binder que el concepto de “carga de la prueba”, propio del derecho civil, según cada una de las partes asume una carga respecto de sus afirmaciones, de modo que si no logra probar aquello que funda su pretensión o defensa, el juez no acepta sus afirmaciones, y no es aplicable al derecho penal, pues lo que existe es un órgano del Estado (órgano de persecución), cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse lo más posible a la verdad histórica, ya que el imputado no tiene ningún deber de probar su inocencia⁵⁰.

Sobre este tema, la Sala Tercera de la Corte ha señalado, en algunas resoluciones, que si bien es cierto, la carga de la prueba corresponde al Órgano Acusador, en los casos donde el imputado alega la existencia de alguna causa de justificación, este debe acreditarla:

[...] el peso o carga de la prueba (“onus probandi” o incumbencia de probar) es por antonomasia una labor de la parte acusadora, esta terminología deriva del aforismo latino “onus probandi incumbi actori”, es decir: “la carga de la prueba incumbe al actor”. Si el Ministerio Público tiene como pretensión procesal en el caso concreto pedir

50 Binder, Alberto, óp. cit. p. 128.

en la fase plenaria una sentencia condenatoria para un procesado, necesariamente debe destruir la presunción iuris tantum de inocencia que lo protege, a través de la generación de prueba lícita que demuestre su responsabilidad y forme en los juzgadores una convicción idónea que supere la etapa primigenia protectora y lo sindique demostrando la participación del imputado en los hechos acusados. El concepto de carga puede definirse así: “[...] es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (Couture, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. Edición 1978, p. 240). En el subjuicio, si se alega una legítima defensa como causa de justificación, se presupone que hay consenso en cuanto a que el imputado ha producido el resultado de muerte del sujeto pasivo, ello necesariamente traslada la discusión al nivel de la antijuridicidad de la conducta; es decir, se trata de inquirir si el comportamiento de Porfirio Vallecillo Téllez –que es un actuar típico de la conducta de homicidio simple y además es culpable–, puesto que teniendo pleno uso de sus facultades mentales pudo haberse determinado de otra manera, se encuentra autorizado por una norma justificante que excluya la antijuridicidad de su acción. Al órgano acusador le corresponde –conforme al principio onus probandi– demostrar que los hechos acusados se verificaron tal y como se están imputando a Vallecillo Téllez, éste aduce que aunque produjo el resultado de muerte, le amparaba una legítima defensa que justifica su proceder. El Ministerio Público no está obligado a asumir la pretensión procesal del imputado para que no se le acuse de vulnerar el principio constitucional de inocencia. Al igual que cuando en una acción penal, si esta se encuentra prescrita, es la parte interesada quien debe hacer valer dicha circunstancia, quien aduce tener una causa de justificación debe probarla, sin que con ello se menoscabe la presunción iuris tantum de inocencia que le favorece.

(S 1182-03 de las 17:10 hrs. del 19-12-03 de la STC).

Asimismo, se ha señalado que en los casos en que el imputado tuviera una versión distinta de los hechos de la acusación, la cual lo eximiera de responsabilidad, era su obligación demostrarlo. Así, en un caso donde el imputado fue condenado por dos delitos de robo agravado, con base en las huellas digitales encontradas

en las celosías de la casa de habitación de la ofendida, se señaló que si bien la presunción de inocencia constituyó una garantía para el imputado, cuando se demuestra la culpabilidad, esta garantía era destruida. Por esta razón, la carga de la prueba se trasladó al imputado y, en ese caso concreto, debió dar una explicación razonable acerca del hallazgo de sus huellas en ese lugar:

[...] en lo que se refiere a los reproches que se esbozan en el segundo motivo, no es cierto que en la especie se cierne una duda en cuanto a la responsabilidad del encartado, pues tal conclusión no se deriva del contenido del fallo sino -de manera impropia- del criterio subjetivo de quien recurre. En primer término, el acusado se abstuvo de declarar, por lo cual nunca refutó los cargos formulados en su contra así como las pruebas técnicas recopiladas, mismas que corroboraron su efectiva participación y responsabilidad en los ilícitos. Lo anterior de ningún modo implica, como parece entenderlo el defensor, que se haya reinvertido la carga de la prueba o que el encartado no estaba obligado a aportar las explicaciones que justificaran el por qué sus huellas aparecieron en la escena de los dos robos perpetrados en la casa del ofendido. En realidad, según lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, si bien la presunción de inocencia constituye una garantía constitucional que cobija al acusado durante el desarrollo del proceso, resulta obvio que la misma se destruiría cuando el acusador (a partir de las pruebas recopiladas durante la investigación) logra demostrar la culpabilidad del agente. Si lo anterior sucede, la coherencia del sistema indica que si la defensa aduce la concurrencia de alguna circunstancia que neutraliza o enerva el juicio de reproche ya acreditado, necesariamente la carga de la prueba se le trasladaría a aquella: “[...] En casos como el presente, donde a través de pruebas claras y objetivas, valoradas con estricto apego a las reglas de la sana crítica, se ha llegado a establecer la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable, corresponderá a la defensa demostrar -si esa es la tesis que esgrime- la concurrencia de cualquier circunstancia eximente de responsabilidad. Lo anterior significa, sin más, que una vez acreditada la acción delictiva –y cuando no existan motivos suficientes para estimar lo contrario– el órgano de instancia no será responsable también de establecer la inexistencia de todos aquellos hechos que vendrían a enervar el juicio de reproche, es decir, no podrá exigírsele adicionalmente que demuestre que la conducta no estuvo amparada

a una causa de justificación o de inculpabilidad ...” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 311-98, de las 10:35 hrs. del 27 de marzo de 1998. **Lo anterior implica que, en el caso que nos ocupa, si el encartado tenía alguna explicación razonable que justificara la presencia –dos veces– de sus huellas en la escena del robo, debió no sólo exponerla sino además demostrarla, lo que nunca hizo.** [El resaltado no es del original]. Por otra parte, de acuerdo a las reglas técnicas de la recolección de huellas latentes, debe descartarse de manera absoluta la posibilidad que sugiere el defensor, esto es, que durante la inspección verificada con motivo del segundo robo se hayan levantado las mismas dos huellas que ya se habían registrado con motivo del primero. Tal situación resultaría impensable, pues debido al método que emplean los técnicos al recolectar la muestra, así como por la naturaleza frágil que presenta, ésta se borra o desaparece en el acto (es recolectada o levantada), velándose a partir de ello la posibilidad de advertir su presencia (En ese sentido véase Brenes Acuña (Rafael G.) y otros, “HUELLAS DIGITALES Y PROCESO PENAL”, Editorial Jurídica Continental, San José. 1ª. Edición, 1998, páginas 160, 161 y 175. Con base en las razones antes expuestas, habiéndose descartado por completo cualquier duda en cuanto a la veracidad y autenticidad de las huellas encontradas en el sitio donde se perpetraron los dos robos, se rechazan ambos motivos.

(S 744-01 de las 9:45 hrs. del 27-07-01 de la STC).

En el mismo sentido, se resolvió en la siguiente sentencia, referida a un caso donde son encontrados unos elementos pilosos en el vehículo, donde se realizó un asalto, y el imputado alegó que ello obedeció a que realizó un trabajo de polarizado en los vidrios, por tratarse del vehículo de un amigo suyo, la sala le indicó que este hecho debió acreditarlo, por haberse desvirtuado el estado de inocencia que existía a su favor:

En supuestos como el que nos ocupa, donde la parte acusadora aporta y se evacuan elementos probatorios que relacionan y vinculan directamente al imputado con los hechos ilícitos que se investigan, con lo cual el estado de inocencia que opera constitucionalmente en su favor cede y se debilita (o incluso desaparece por completo), debe entenderse que si el mismo rinde una versión en su defensa según la cual pretende

exonerarse de la responsabilidad penal así establecida, lógicamente es a él a quien corresponderá demostrar su dicho en juicio, sin que con ello se esté reinvertiendo la carga de la prueba, ni quebrantando la garantía que recoge el numeral 39 de la Constitución Política [...] Como se desprende de lo anterior, si en este caso, ante su irrefutable vinculación con el vehículo utilizado en el asalto (ello gracias a la presencia de elementos pilosos suyos), el acusado Alexander Barboza aduce una versión que enervaría la acusación dirigida en su contra, es lógico que la acreditación de la misma debe correr por su cuenta, por lo que no podría concluirse -conforme lo hace el impugnante- que con su simple manifestación, sin respaldo probatorio alguno, debe estimarse en forma automática como “no desvirtuada”, o que a partir de la misma debe tenerse por justificada su actuación. Admitir lo contrario implicaría que, a pesar de que esté acreditada por parte del acusador la efectiva responsabilidad del imputado, bastaría con que éste (incluso al cierre el debate) haga una simple manifestación, aún infundada, para neutralizar su responsabilidad, lo que no sería aceptable. Si se estudia con cuidado la decisión condenatoria que se objeta, se advierte que, no obstante su “explicación” (a la que de todos modos ni siquiera se le reconoció credibilidad), el imputado nunca logró justificar la presencia de elementos pilosos suyos en el vehículo utilizado por los asaltantes para perpetrar el hecho, siendo este uno de los elementos que se consideraron para estructurar el juicio de culpabilidad en su contra (cfr. folio 1567, línea 7 en adelante), y para –según se indicó– negarle de forma motivada cualquier valor o credibilidad a su relato (cfr. folio 1570, línea 2 en adelante).

(S 635-02 de las 9:30 hrs. del 28-06-02 de la STC).

No obstante, en las resoluciones parcialmente transcritas, en cuanto a la carga de la prueba para acreditar las causas de justificación, contrariamente, en la sentencia 505-04 de las 12:16 hrs. del 14-05-04, la misma Sala Tercera señala que no puede exigirse al imputado que acredite la existencia de una causa de justificación, en un caso donde existen únicamente dos versiones contrapuestas: la del imputado, quien señala que actuó en legítima defensa y la del ofendido, quien manifiesta que fue atacado injustificadamente:

Las tesis contrapuestas son precisamente las vertidas por el agraviado y el justiciable. Ambos indicaron, que el 30 de diciembre de 2001 en

horas de la noche, tuvieron un enfrentamiento por un perro de cacería propiedad de Bermúdez Meza [imputado] que se había soltado, pero mientras Rodríguez Ruiz [ofendido] indicó que luego del altercado Andrés [el imputado] lo esperó cerca de un puente y lo lesionó, sin poder explicar cómo (cfr. folio 56), Bermúdez Meza refirió que: “[...] Cuando iba de regreso a mi casa, casi ya estando en la entrada, me esperaba Rodríguez Ruiz quien se me vino encima y yo al defenderme le mandé un planazo y le causé las lesiones sufridas” (folio 55). El planteamiento del fiscal parte de la idea equivocada de que el a quo, al apreciar las deposiciones de ambos, debió necesariamente acoger una de las tesis como verdadera. Puede suceder, como ocurrió en el presente caso, que luego de un examen integral de los elementos de convicción, no fuera posible establecer razones - plenas y justificadas - que permitan desestimar u otorgar carácter de veracidad a una u otra versión y entonces lo procedente es, que el estado de duda se aplique en beneficio del encartado. No debe olvidarse, que es el representante del órgano requirente quien debe aplicar su energía para probar la verdad real y en su defecto, cualquier duda acerca de la existencia del suceso o la participación en el del imputado, beneficie a éste. Asimismo, **resulta inadmisibles la exigencia de obligar a un acusado a demostrar – aunque sea por vía indirecta– su actuar conforme a derecho (en este caso, una circunstancia de legítima defensa que eliminaría la antijuridicidad de la conducta), porque la carga probatoria pesa sobre el Ministerio Público y no sobre el justiciable (ver en este sentido, sentencia número 81, de 9:20 horas del 21 de enero de 1999).** [El resaltado no es del original]. Por último, no puede estimarse que el cuadro fáctico probado sea contradictorio con el estado dubitativo al que arribaron los Juzgadores, específicamente al establecerse que Bermúdez Ruiz lanzó “planazos” que lesionaron al agraviado, ya que dicha circunstancia nunca se puso en tela de duda en sentencia, sino que lo cuestionado ha sido la concurrencia de la legítima defensa en el actuar del sindicado.

Esta posición resulta más acorde con el sentido del principio de inocencia, según el cual el imputado no está obligado a probar su inocencia, incluyendo las causas de justificación de su conducta. Claro está, por una cuestión de estrategia, y no de carga de la prueba, la defensa debe ofrecer los elementos de prueba que acre-

diten la versión de descargo del imputado, a fin de poder desvirtuar la acusación en su contra.

En modo alguno, se puede afirmar que se trata de una carga para el imputado, por cuanto, en el proceso penal, el único que tiene la obligación de probar los hechos acusados es el Ministerio Público o, bien, el querellante. Si la defensa alega la existencia de una causa de justificación y no ofrece prueba que lo acredite, no puede ser obligada a hacerlo, lo cual no necesariamente redundará en una resolución adversa a sus intereses.

Por su parte, al Ministerio Público le corresponde, si pretende mantener la acusación, acreditar los hechos y la responsabilidad del imputado en su comisión, para lo cual, dependiendo del caso, tendría que desacreditar la versión del imputado.

En otro supuesto, la defensa del imputado alega que se violentó el estado de inocencia de su patrocinado, porque se le exigió probar la veracidad de su dicho (en el sentido de tener una vieja querrela con la víctima, quien en una ocasión lo había apuñaleado). “Siendo así”, afirma, “debió haberse aplicado el beneficio de la duda para resolver la causa”. Al respecto, considera la sala:

[...] de ninguna manera es que el Tribunal le está exigiendo al acusado probar su inocencia, sino que, ante el peso de la prueba que lo incrimina, si pretende hacer creíble su versión de los hechos, estos deben tener sustento probatorio, puesto que de lo contrario se llegaría al absurdo de que baste mencionar una posible explicación o coartada (por inconcebible que sea), para que esta sea suficiente a fin de descalificar la prueba de cargo o deba la administración de justicia asumir la tarea de tener que reunir pruebas para descartar esa y cualquier otra que se plantee; a pesar de que esa prueba de cargo sea categórica.

(S 1487-05 de las 14:40 hrs. del 22-12-05 de la STC).

Mayor claridad arroja la siguiente sentencia de la Sala Tercera de la Corte, donde se indica que en realidad no puede afirmarse que, en el caso de la antijuridicidad, se invierte la carga de la prueba y que si existe una duda razonable sobre la existencia de una causa de justificación, debe favorecerse al imputado:

En el presente reclamo, de manera totalmente disímil –el recurrente– interpretó, que la prueba existente no logró desacreditar la duda sobre la presencia de la figura de la legítima defensa alegada y por ende el Tribunal inaplicó incorrectamente el principio *in dubio pro reo*. Tal interpretación, obedece a valoraciones totalmente subjetivas que se alejan de forma contundente del contenido de la sentencia. Es importante resaltar, que no existe en la resolución, un solo elemento de convicción que permita determinar la presencia de la supuesta duda alegada por el recurrente, por el contrario, los Jueces son categóricos al decir que: “[...] la referida legítima defensa, alegada por el imputado y que pretendió sostener con su dicho así como con el de los dos testigos, no ha quedado demostrado y más bien se ve desvirtuado totalmente por las declaraciones de los otros testigos, así como por la prueba indiciaria [...]” –(ver folio 285)–. Sobre el reclamo referente a la carga de la prueba, alegado por el recurrente, es importante aclarar que el examen de la existencia de una causa de justificación se hace en el estadio de la antijuridicidad, cuya valoración a diferencia de la tipicidad se hace en sentido negativo; es decir, si no existe una justificante la acción será típica y antijurídica. Al respecto, la doctrina señala: “[...] una vez constatada la comisión de un hecho típico (por ejemplo, haber dado dolosamente muerte a otro), el hecho también será antijurídico a menos que se constate que el agente actuó en legítima defensa u otra causa de justificación, lo cual hace necesaria la comprobación de sus elementos constitutivos [...]” (CHIRINO, Alfredo y SALAS, Ricardo. “La Legítima Defensa. Alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales.” Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2004. p.100). No obstante, si bien es cierto, es necesario comprobar la existencia de los elementos constitutivos de la legítima defensa para su aplicación, esto no implica que la carga de la prueba le corresponda al imputado, ni tampoco que en caso de duda sobre la presencia de tal figura, se deba interpretar en perjuicio de aquel, ya que los aspectos probatorios dependen de un sistema de libre convicción, cuya finalidad será evidenciar la existencia de una determinada situación fáctica o jurídica, que permitan al Juzgador determinar si la acción acusada cumple con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad conforme a la teoría del delito. En tal sentido, propiamente sobre la carga de la prueba en el estudio de la antijuridicidad se expresa: “[...] la obligación de investigar la verdad incumbe a los órganos del Estado, sin que la actividad probatoria y el objeto de la

prueba puedan encontrar límites derivados de la conducta de las partes; pero si el proceso tutela la libertad personal, y el imputado es inocente hasta que no se acredite y declare su culpabilidad, me parece indudable que el dogma constitucional excluye en absoluto la carga probatoria del imputado; éste no tiene el deber de probar nada, aunque tenga el derecho de hacerlo [...] en ningún caso incumbe al imputado la prueba de los hechos que puedan justificar su inocencia o cualquier circunstancia de atenuación [...]” –(VELEZ MARICONDE, Alfredo. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Córdoba, Córdoba, 1982. p 44). Ahora bien, si existieran elementos de prueba que le generen al Juzgador la presencia de un estado dubitativo, sobre los elementos constitutivos de una causa de justificación, es pertinente la aplicación del principio *in dubio pro reo*, a pesar de que el mismo generalmente es utilizado para los aspectos propios de la tipicidad. En tal sentido se expresa: “[...] no siendo lícito diferenciar donde la ley no lo hace, y menos aún en detrimento del justiciable, debe aplicarse el *in dubio pro reo* también en la duda concerniente a la concurrencia o no de los componentes de la legítima defensa, en tanto cuestiones de hecho; bastando a esos efectos una duda fundada y razonable, que acorde a las reglas que rigen la sana crítica, se apoye en una prueba verosímil mínima (cual podría ser la sola declaración del imputado), no antojadiza ni fruto de suposiciones, para resolver el punto a favor de una absolutoria” –(CHIRINO, Alfredo y SALAS, Ricardo. Op.cit., p.104-105)–. En el caso concreto, no es que se invirtió la carga de la prueba al imputado para la aplicación del *in dubio pro reo*, ni que se desaplicara la legítima defensa en forma arbitraria, por el contrario, sucede que el Tribunal no tiene duda alguna de la acción típica e injustificada del encartado, puesto que deriva en una sentencia condenatoria a la luz de la inmediatez que primó en la etapa de debate, y que permite fundamentar con certeza la responsabilidad penal del aquí sentenciado. No sucede que los Juzgadores de instancia obviarán el *in dubio pro reo*, sino que, no se dan los presupuestos para su implementación y las observaciones del agravante constituyen meras reinterpretaciones subjetivas de la prueba con afanes anulatorios. En consecuencia se declara sin lugar el reclamo.

(Sentencia 295-07 de las 12 hrs. del 21-03-07 de la STC)

3.2.3 El principio de *in dubio pro reo*

El artículo 9 del Código Procesal Penal establece el principio de inocencia o de “*favor rei*”, en cuanto señala que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Dicho principio es definido por la doctrina, como una regla de trato durante el proceso y, además, como una regla de juicio. Implica que la sentencia condenatoria únicamente se puede dictar en los casos en que exista certeza sobre los hechos y sobre la configuración del delito. El *in dubio pro reo* se ha de aplicar cuando existen conclusiones fácticas alternativas que son igualmente válidas y excluyentes entre sí, en cuanto a la culpabilidad o inocencia del imputado, lo cual no puede estimarse como un beneficio, sino como un límite a la actividad sancionatoria del Estado, la cual deriva de la presunción de inocencia y que, por ende, forma parte del debido proceso.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha resuelto:

Efectivamente, el principio “*in dubio pro reo*” integra el debido proceso, en los términos señalados en la sentencia número 01739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, en que se indicó: “F) EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO»: Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse sicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedero, no sólo de justicia, sino también de comprensión y compasión.” Este principio está íntimamente relacionado con el principio de inocencia y la necesaria demostración de la culpabilidad, que implica necesariamente, que de los elementos de prueba existentes, se concluya inexorablemente la responsabilidad del imputado en relación con el ilícito que se investiga; caso contrario, en caso de dictarse sentencia condenatoria, se violan los principios constitucionales de “*in dubio pro reo*” y de presunción de inocencia. Todo lo anteriormente señalado tiene un objetivo superior, el cual fue señalado en la sentencia número 05746-93, de las catorce horas veinticuatro minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, cuando se indicó: “Si bien, el juicio de convicción

debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a éstas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garantía de realización de un proceso justo, eliminando la arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatoria obtenida respetando los derechos fundamentales.” De manera que la necesaria demostración de culpabilidad implica, necesariamente, que de los elementos de prueba existentes, se concluya inexorablemente la responsabilidad del imputado en relación con el ilícito que se investiga; caso contrario, se violan los principios constitucionales de “in dubio pro reo” y de presunción de inocencia. Así las cosas, para posibilitar un fallo condenatorio deben necesariamente demostrarse la culpabilidad del imputado; y si en el caso concreto se dictó sentencia sin que existiera prueba contundente contra él, es decir, sin base probatoria suficiente para provocar el ánimo de certeza del juzgador, efectivamente se quebrantó el debido proceso.

(S 2605-99 de las 15:39 hrs. del 13-4-99 de la SC).

Conforme se señaló, en virtud del estado de inocencia, no es el imputado quien debe probar su inocencia, sino los órganos de la acusación deben probar su culpabilidad. Asimismo, su libertad solo puede restringirse de manera cautelar y extraordinaria para garantizar los fines del proceso, ya sea para prevenir que eluda la acción de la justicia u obstaculice gravemente la comprobación de los hechos, o para evitar que estos se repitan en ciertos casos graves. Por lo demás, en caso de que en el curso del proceso haya de imponerse una privación de libertad, esta debe cumplirse en las condiciones que ocasionen el menor daño posible al propio reo y a sus familiares.

El principio de *in dubio pro reo* dispone que cuando exista duda razonable en el ánimo del tribunal, respecto de la culpabilidad del imputado, la misma debe favorecerlo. Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable. En este sentido, aduce Binder:

Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Este es el principio de favor rei, comúnmente mencionado como

in dubio pro reo. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; caso contrario, permanece el status básico de libertad⁵¹.

Se ha establecido que para que proceda la absolutoria en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, la duda debe ser razonable, cierta, esencial y fundada. Esto implica la obligación que tiene el tribunal de valorar todos los elementos de prueba recibidos o incorporados en el debate, y fundamentar por qué estima que con estos elementos no puede arribar a un juicio de certeza.

Se puede alegar la falta de aplicación o aplicación indebida del principio de *in dubio pro reo* en casación, por infracción a las reglas de la sana crítica, falta de fundamentación de la duda, o bien, por violación al principio de inocencia constitucional, en relación con las normas del *in dubio pro reo*⁵².

Al plantear el recurso de casación, no basta con una simple discrepancia con las apreciaciones y valoraciones del tribunal, sino que el recurrente debe expresar, en forma motivada, las razones de su reclamo, fundamentando por qué el tribunal no podía derivar certeza de culpabilidad o de inocencia, con base en la prueba recibida e incorporada, realizando para ello un análisis y aplicando las reglas de la sana crítica (conocimientos científicos, lógica, experiencia, sentido común).

Se discute doctrinalmente sobre los alcances del principio de *in dubio pro reo*, en cuanto a si solo se circunscribe a las cuestiones de hecho o si también puede acudir a él, cuando exista duda en relación con la interpretación de la ley. La doctrina mayoritaria sostiene que solo debe aplicarse en la valoración de los hechos, tal y como lo refiere el artículo 9 del Código Procesal Penal, al señalar que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se dispondrá lo más favorable para el imputado⁵³. Por cuanto, los temas de interpretación de la ley deberán ser

51 Binder, Alberto, óp. cit. p. 127.

52 Puede consultarse al respecto la sentencia de la Sala Tercera número 158-94 de las 8:55 hrs. del 20-05-94, reiterada en múltiples fallos, entre estos, en la sentencia 1098-01.

53 "[...] no hay que olvidar que la aplicación del *in dubio pro reo* nace a la vida jurídica cuando en la mente del juzgador la duda surge por cuestiones de hecho, y no porque dude sobre cual norma deba aplicar en el caso concreto". Sentencia 198-01 del 2-03-01 del Tribunal de Casación Penal.

resueltos con las diferentes técnicas y criterios jurídicos, pues de lo contrario, se dispondría que siempre que existan varias interpretaciones, debe aplicarse la más favorable al imputado, aunque la misma sea contraria al sentido de la norma⁵⁴.

Otro tema sobre el que se polemiza es si el principio rige en todas las fases del proceso o solo en la fase de juicio. Para las autoras Rosaura Chinchilla y Rosaura Aguilar, el principio de *in dubio pro reo* puede utilizarse no solo en la etapa de juicio, sino también en la etapa intermedia en los casos donde se dicte sobreseimiento definitivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311, inciso e) del Código Procesal Penal que señala que procederá el dictado del sobreseimiento definitivo, cuando a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio⁵⁵.

En criterio de Javier Llobet, establecer el principio de *in dubio pro reo* como regla general en todo el proceso es equivocado, ya que para ordenar la prisión preventiva y la apertura a juicio, basta un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, por lo que estima que dicho principio solo rige al momento que se dicta la sentencia⁵⁶.

54 Sobre este tema, la Sala Tercera de la Corte señaló en la sentencia 733-03 de las 10:25 hrs. del 22-08-03: "[...] no existe ninguna pauta que preceptúe que en caso de dudarse acerca de cuál norma sustantiva corresponde aplicar, deba optarse por la más ventajosa. Esto es así, porque en el orden del derecho penal de fondo (en supuestos tanto de la Parte General, como de la Parte Especial), existen reglas precisas para dilucidar el problema de cuál es la **norma correcta** que cabe utilizar en cada caso. El principio *in dubio pro reo* no se aplica en la interpretación de normas penales, sino que constituye una regla de razonamiento prevista exclusivamente para emplearse en los casos en que el juez no supere una duda razonable suscitada por la valoración de la prueba conforme al correcto entendimiento humano. En ese evento, según dispone el artículo 9 del Código Procesal Penal, en caso de duda respecto a las cuestiones de hecho, se estará a lo que resulte más favorable para el interés del imputado. Estas dudas deben ser concretas, reales y debidamente demostradas mediante prueba directa o indirecta y deben impedir formar un convencimiento judicial sobre algún **aspecto fáctico relevante** que interese al proceso (por ejemplo, la existencia del hecho o algunas de sus circunstancias, o la intervención del acusado en el suceso). El carácter favorable al que alude el citado numeral entra en juego en la valoración de la prueba y en la determinación de los acontecimientos, que son las cuestiones de hecho que cabe establecer en sentencia. Es claro que en estos casos dubitativos, el juez debe optar por fijar la plataforma fáctica en forma tal, que permita aplicar una ley más benigna (que bien puede ser una recalificación o la sentencia absolutoria), dependiendo de cuál sea el acontecimiento que resulte imposible delimitar por existir duda".

55 Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura, óp.cit., p. 236.

56 Llobet, Javier, óp. cit., p. 198.

Consideramos que debe estudiarse cada caso concreto y no debe excluirse a priori la aplicación del *in dubio pro reo*. El fiscal deberá valorar si procede su aplicación en otras fases.

La jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera de la Corte como del Tribunal de Casación Penal se ha referido a diversos aspectos relacionados con el principio de *in dubio pro reo* que resulta de interés destacar.

1. Obligación de fundamentar la duda

Se ha establecido que el tribunal no solo tiene que señalar que existe una duda razonable para absolver, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, sino que además debe fundamentarla adecuadamente, valorando todos los elementos probatorios recibidos o incorporados al debate:

El principio in dubio pro reo, mediante el cual se establece, que en caso de duda o incertidumbre sobre la culpabilidad de un imputado, deberá dictarse en su favor una sentencia absolutoria, deriva del principio de inocencia constitucional, consagrado en el artículo 39 de nuestra Carta Magna. De tal manera que a una persona, a quien se le atribuye un delito o contravención, no se le puede aplicar una pena, si antes no se ha producido la necesaria demostración de su culpabilidad, rodeado de las garantías esenciales para ejercer adecuadamente su defensa, declaración que le corresponde a los órganos públicos competentes, quienes están obligados a desvirtuar el estado de inocencia que protege al justiciable, y si no lo logran de forma eficiente, acreditando la existencia del hecho atribuido y la participación y responsabilidad del endilgado, el estado de inocencia, se mantiene, y prevalece sobre el elenco de pruebas aportado. Sin embargo, tales consideraciones, que no guardan punto de discusión, deben observar un aspecto de singular importancia en la aplicación del principio in dubio pro reo, como consecuencia directa de la presunción de inocencia, en tanto, como en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala, la justificación de un juicio absolutorio, se sustenta, no en la simple duda, sino en la duda razonada, producto del análisis de las pruebas relevantes aportadas a los autos, y con fundamento en esta valoración probatoria, concluir, si es del caso, sobre la imposibilidad de dictar un juicio condenatorio, bajo parámetros de certeza, de tal manera que la duda

debe ser: cierta, esencial y fundada, es decir, que guarde soporte en el análisis de los elementos de prueba, que impida realizar una conclusión certera en un sentido u otro (sobre el particular ver Voto número 512-F-94 de las 15:50 horas del 28 de noviembre de 1994. Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia). El artículo 142 del Código Procesal Penal, establece la obligación de los Juzgadores, de fundamentar, en forma clara y precisa, las sentencias y autos que dicten, expresando los razonamientos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba, de tal manera que, si las resoluciones mencionadas carecen de fundamentación, devienen ineficaces.

(S 1467-05 de las 9:55 hrs. del 19-12-05 de la STC. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia 93-04 de las 15:00 hrs. del 11-02-04 del TCP).

2. Testimonio único no implica que deba aplicarse el *in dubio pro reo*

Se ha resuelto que bien puede acreditarse la culpabilidad del imputado, con base en un testimonio único, sin que el aspecto cuantitativo sea determinante para la aplicación del *in dubio pro reo*:

[...] no existe la posibilidad de aplicar el principio in dubio pro reo, en virtud de que éste se utiliza únicamente en aquellos casos, donde el Tribunal no cuenta con los elementos probatorios suficientes para tomar un criterio definitivo, o bien porque la prueba en sí no tiene la contundencia necesaria para acreditarle los hechos al imputado con el suficiente grado de credibilidad, subsistiendo la duda razonable sobre su participación o la configuración del delito. Así en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala indica: “la convicción del a quo en validar o no una prueba testimonial, pericial o documental, es de resorte exclusivo de su independencia jurisdiccional, del ejercicio de la razón y el respeto a la legitimidad del elenco probatorio, tanto en su obtención como en la incorporación al proceso. Por lo expuesto, la deposición de la víctima es suficiente para fundar un fallo condenatorio y esa credibilidad otorgada por el Tribunal no es posible sustituirla en casación, a menos que sea demostrada una infracción en el iter lógico o una anomalía en la probidad de los jueces. Bajo el privilegio del principio de inmediación, se le creyó a la víctima” (voto 1098-2001

de las 9:45 horas del 16 de noviembre de 2001). En el caso presente, no sucede que los Juzgadores de instancia desaplicaran el principio *in dubio pro reo*, es sencillamente, que no se dan los presupuestos para su implementación y las observaciones del agravante constituyen meras reinterpretaciones subjetivas de la prueba con afanes anulatorios.

(S 509-06 de las 9:30 hrs. del 2-06-06 de la STC).

3.- Versiones contradictorias

También se ha señalado que las versiones contradictorias no implican que deba aplicarse el *in dubio pro reo*:

[...] debe aclararse que no porque haya versiones contradictorias, se puede aseverar que se está ante un estado de duda, pues ello impondría que en la amplísima mayoría de las causas penales deba llegarse a situaciones no concluyentes, si es que medió controversia probatoria. Por otra parte, el estado de certeza no surge de la sola existencia de prueba en una única dirección. Lo que llevará a una conclusión de certeza sobre la inocencia o responsabilidad, o bien de incertidumbre, es la calidad de las pruebas y su convencibilidad.

(S 1348-05 de las 14:50 hrs. del 23-11-05 de la STC. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia 204-06 de las 16:00 hrs. del 16-03-06 de la misma sala).

La violación al principio de *in dubio pro reo* no puede invocarse en casación solo porque exista prueba en un sentido y en otro, por cuanto si en la valoración de la prueba se realiza un razonamiento lógico para inclinarse por una de las versiones, no hay base para decirse que debió dudarse (S 123-02 y 126-02 del TCP).

4. Distinción entre absolutoria por insuficiencia de pruebas y por *in dubio pro reo*

Se ha hecho una distinción entre los supuestos que ameritan el dictado de una absolutoria, porque no se lograron desvirtuar el estado de inocencia del imputado y el dictado de una absolutoria, en aplicación del principio del *in dubio pro reo*. La certeza podría no alcanzarse por insuficiencia de pruebas o porque existe una duda razonable:

[...] como bien lo apuntan los impugnantes, se dio en este caso una completa insuficiencia de pruebas. El Ministerio Público fue incapaz de dar sustento a la imputación con la que llevó a los imputados a juicio. No existen, en consecuencia, datos probatorios encontrados entre sí, que favorezcan la imputación y otros que al mismo tiempo la debiliten, en igualdad de condiciones, de manera que pudiera hablarse de la existencia de una duda razonable a favor de los acusados y, entonces, de la entrada en escena del principio *in dubio pro reo*, sino que estamos en el estado de inocencia, no revertido luego del juicio y en atención a ello la absolutoria de los acusados es virtud de éste y no de la existencia de una duda que deba favorecerlos. El principio de inocencia “sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier tipo de imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado **goza de la misma situación jurídica que un inocente**. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume –o debe asumir– la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al proceso, condenándolo [...]” Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires. Editores del Puerto s.r.l. Tomo I, 1996. p.492. Continuando la línea de la cita expuesta, si no se logra demostrar la culpabilidad, el imputado es inocente, con independencia de la imputación planteada en su contra, por una opción política y de seguridad jurídica base del sistema penal en una democracia, lo que no significa que exista certeza de que no cometió el hecho, como en forma errónea lo plantean los impugnantes, pues no existe conocimiento cierto de que ello sea así, lo que existe es el principio de inocencia porque el Estado **no probó** su participación en el hecho que les atribuyó y ello cierra definitivamente cualquier pretensión estatal de asignarles responsabilidad penal. En estos casos de insuficiencia de

pruebas, la absolutoria es en virtud del principio de inocencia –no de plena por certeza de la inexistencia del hecho o de la no responsabilidad del acusado, salvo que así haya resultado, como es el caso del precedente 556-05 de esta Sala que citan los recurrentes- y no por la existencia de dudas razonables, pues precisamente no existe mérito probatorio suficiente para afirmar tal estado dubitativo. “La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio. Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes incluso al precio de la impunidad de algún culpable [...] En consecuencia –si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no es solo [...] garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo [...]” Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta, 1995. p.549. El principio *in dubio pro reo* tiene su fuente de origen en el principio de inocencia y es una regla específica que obliga a absolver en caso de dudas razonables insuperables, pues la condena solo puede basarse en la certeza –necesaria demostración de culpabilidad, numeral 39 de la Constitución Política–. Sin embargo, la certeza puede no alcanzarse por la existencia de una duda, o por insuficiencia de pruebas. Ambos estadios del conocimiento conducen indefectiblemente a la absolutoria, pero sólo la que se fundamenta en la duda absoluta da lugar a la aplicación del principio *in dubio pro reo*. El tema no es pacífico en la doctrina, pues existe una posición respetablemente mayoritaria que considera que cualquier estado del conocimiento por debajo de la certeza positiva, conduce a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo que genera una identificación del principio de inocencia e *in dubio pro reo*: “Su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede ser fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley

(presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución [...]. Maier, *ibid.* p. 496. Se trata de la posición del juzgador frente al conocimiento de la verdad sobre la existencia o no del hecho histórico y de la responsabilidad o no del acusado, luego del juicio. La certeza, la duda y la probabilidad son distintos grados o niveles de conocimiento, que conducen a soluciones distintas. Para muchos autores, la duda y la probabilidad -cuya existencia nadie niega que conduce a la absolutoria- generan igualmente la aplicación del principio *in dubio pro reo*. “Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la **certeza** de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor que el anterior, pues los elementos que afirman la conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la **probabilidad** de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es **absoluta**. Conviene advertir que de estas tres posiciones, las dos primeras han sido afirmadas como bipolares, pues se puede exteriorizar la certeza o la probabilidad de que algo existió o no existió; por ejemplo, de que el imputado tomó parte en la ejecución del hecho o de que no participó en él; la duda, en cambio, es siempre un estado de incertidumbre y, por tanto, neutro. Si, convencionalmente, llamamos **certeza positiva** o **probabilidad positiva** a aquella que afirma el hecho imputado (sus elementos determinantes) y, al contrario, **certeza negativa** o **probabilidad negativa** a aquella que se dirige a explicar como inexistente el hecho imputado (ello para evitar la trampa de lenguaje que nos produce la acción y la omisión, las condiciones positivas y las condiciones negativas que presupuestan la pena), es correcto afirmar que sólo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del **in dubio pro reo**” Maier, *ibid.* p. 496. Sin embargo, la Sala ha sostenido el criterio de que la insuficiencia de pruebas no es un supuesto de aplicación del principio *in dubio pro reo* sino de absolutoria por esa razón –y por ende en aplicación del principio de inocencia- y que sólo la duda

da lugar a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, controlables en todo caso ambos supuestos, en casación. Así, en el precedente 158-94 de las 8:50 horas del 20 de mayo de 1994, se consideró: “[...] En tal sentido no debe confundirse la duda con la falta de elementos probatorios, pues ésta última podría constituir en realidad un problema de falta de fundamentación (véase **SENTIS MELENDO, SANTIAGO. In dubio pro reo, EJE, Buenos Aires, 1971, en especial pp 79 ss.)** El Tribunal se encuentra en duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero a los cuales no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí misma no merece confianza. Si no hay elementos de prueba que incriminen al imputado, no puede existir duda, y la absolutoria tendría que decretarse por no existir elementos probatorios que lo incriminen. Cualquier yerro del Tribunal en este último sentido tendría que ser impugnado como un problema relativo a la fundamentación. La duda, en cambio, se presenta cuando hay incertidumbre entre distintas opciones sin poderse inclinar con certeza por alguna de ellas. Para tales efectos debemos tener presente que, luego del juicio oral, la convicción de los juzgadores plasmada en la sentencia pasa por dos distintos niveles: **(a) el primer nivel consiste en la formación del criterio que se forman los juzgadores con base en todo lo percibido en el juicio oral. Se trata del examen sobre la credibilidad de la prueba, es decir el valor asignado a cada uno de los elementos de constatación incorporados a la audiencia oral. Este nivel está conformado por dos momentos: la percepción de la prueba que se realiza durante el juicio; y la motivación de la interpretación de la percepción que tuvo lugar en ese juicio. (b) El segundo nivel se refiere a la estructura racional de la formación de la convicción, es decir a la observancia de las leyes de la lógica, la psicología, la experiencia, los conocimientos científicos, el sentido común, en las deducciones que el Tribunal realice a partir de la prueba (Véanse por todos, **IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, N°12, 1992, pp. 257 ss.; y BACIGALUPO, ENRIQUE. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, en op. cit., pp.13 ss, en especial 29 y 30).** Se trata de la estructura lógica por medio de la cual los juzgadores de instancia justifican sus conclusiones a partir de los elementos de prueba percibidos. La casación no puede incursionar**

en el primer nivel, porque ni puede percibir la prueba recibida en el debate en forma oral (con intermediación), ni puede suplantar la motivación de los juzgadores sobre cómo percibieron la prueba y cuáles conclusiones extraen. Lo impugnado en casación es lo que al principio del **in dubio pro reo** se refiere, sería el segundo nivel. En efecto, la impugnación tendría que dirigirse a atacar la estructura racional al formarse la convicción, demostrando con bases firmes que conforme a las leyes de la lógica, la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicos, no podía derivarse una conclusión certera sobre la culpabilidad, sino un estado admisible y real de duda en cuanto racionalmente no era posible concluir otra cosa entre al menos dos posibilidades[...]"

Esta tesis es la que sostuvo el Tribunal de Casación con alguna integración en el precedente 568-03 del 20 de junio de 2003 que cita la defensa. En nuestro medio esta distinción entre insuficiencia probatoria e *in dubio pro reo* ha sido criticada, porque se estima que el principio *in dubio pro reo* también se aplica a todos los casos de insuficiencia probatoria, aunque se puntualiza que no debe hacerse ninguna distinción al emitir el fallo absolutorio, es decir, si se trata de absolutorio por duda, porque la consecuencia es la misma (cfr. Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal II. Garantías Procesales. Primera Parte*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005. Primera edición. p. 226). Es cierto que no existe razón alguna para distinguir en la parte dispositiva de la sentencia si la absolutoria es por duda o en virtud del principio de inocencia, porque la conclusión es la misma. También lo es que, en última instancia, los estados de duda significan la insuficiencia probatoria para superarlos e inclinar la balanza en uno u otro sentido, de manera que, en principio, pareciera una cuestión terminológica inconducente. Sin embargo, no puede equipararse el razonamiento que llega a concluir que existen dudas insuperables que impiden acreditar con certeza el hecho, con aquél que concluye en la insuficiencia de pruebas para respaldar la acusación, es decir, que no se aportó prueba idónea y suficiente para acreditar la imputación. La distinción tiene relevancia para los efectos de valorar el mérito del juicio y de la actuación del poder penal del Estado en el caso concreto.

(S 1324-05 de las 9:45 hrs. del 18-11-05 de la STC).

En el mismo sentido, ha resuelto el Tribunal de Casación Penal, al señalar que debe diferenciarse entre la insuficiencia probatoria y la regla de *in dubio pro reo*. Ambos temas están ligados a la presunción de inocencia que es el correlativo procesal del principio de culpabilidad.

En los casos donde exista insuficiencia probatoria ya sea de certeza o de inocencia, ha de prevalecer la presunción de inocencia y deberá absolverse, con base en la inocencia del imputado. No así en los supuestos donde existan conclusiones alternativas, igualmente válidas que hacen surgir un estado de duda en el ánimo del juzgador. En estos casos deberá acudir a la regla del *in dubio pro reo* y se deberá absolver con base en él:

[...] debe indicarse, aunque sea de paso, la diferencia entre (i) la insuficiencia probatoria y (ii) la regla in dubio pro reo. Ambos temas se encuentran estrechamente vinculados a la « presunción de inocencia », que es el correlativo procesal del principio de culpabilidad. Se trata de una presunción iuris tantum, esto es, de una verdad a priori, que puede venir a menos si la prueba legal incorporada al proceso convence de lo contrario. Es una garantía, por cuanto limita el razonamiento del juzgador, quien, a falta de elementos probatorios demostrativos de la culpabilidad del acusado, se remitirá a la inocencia como verdad legal; con esto se realiza la garantía de no condenar a persona alguna, a menos que en forma fehaciente se demuestre su culpabilidad. Por razones incomprensibles, la Const.Pol. omite consagrar la presunción de inocencia, por lo que algunos hablan de estado de inocencia o de principio de inocencia (p.ej.: § 9, C.p.p.), no obstante, lo correcto es referirse a la presunción de inocencia, pues con fuerza superior de la ley (§ 7, Const.Pol.), tanto la Convención americana sobre derechos humanos como el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, en sus §§ 8.2 y 14.2 respectivamente, colman el defecto y disponen la presunción de inocencia como garantía ciudadana y como límite al razonamiento de los tribunales. Ahora bien, el primero de los aspectos enunciados al inicio, la insuficiencia de prueba, ya de culpabilidad, ya de inocencia, mantiene la presunción de esta última como una verdad legal, por lo que –contrario a lo que sucede en la práctica cotidiana– los tribunales deben absolver basados en la inocencia del imputado, sin embargo, aplican erróneamente la regla in dubio pro reo cuando no corresponde. Esto último es lo que ha sucedido en el caso

sub examine. Otro es el caso de la duda racional generadora de la aplicación de in dubio pro reo. Ante esto, el tribunal valora la prueba y obtiene conclusiones alternativas, opuestas e igualmente válidas; en tal caso debe aplicar la regla del beneficio de la duda, y aplicar lo que favorezca al imputado. Las alternativas posibles son las siguientes: (i) Una conclusión de culpabilidad y otra de inocencia del acusado. En tal caso debe absolverse. (ii) Una conclusión de culpabilidad de un hecho grave y otra también de culpabilidad de un hecho menos grave. En ese caso se condena por el hecho menos grave. A manera de síntesis preliminar puede afirmarse lo siguiente: Ante la insuficiencia de pruebas de cargo, la persona es inocente de por sí y no como beneficiaria de la duda. Ante conclusiones lógicas alternativas, igualmente válidas y opuestas entre sí, los tribunales deben resolver lo más favorable al imputado, la absolutoria o en su caso la condenatoria basada en la conclusión menos gravosa.

(S 568-03 de las 10:00 hrs. del 20-06-03 del TCP. En el mismo sentido, la sentencia 638-05 de las 10:00 hrs. del 7-7-05 del mismo tribunal).

5. No es posible absolver por *in dubio pro reo* en un procedimiento abreviado.

El Tribunal de Casación Penal ha resuelto que no puede aplicarse el *in dubio pro reo* al autorizar la aplicación de un procedimiento abreviado, porque esto sería cercenar las facultades de persecución del Ministerio Público:

[...] no procede, en un procedimiento abreviado, decretar una absolutoria por duda, pues se estaría limitando en forma indebida la participación del Ministerio Público, vicio de carácter absoluto, según lo estipulado por el artículo 178 inciso c) del Código Procesal Penal. El Fiscal que negocia un procedimiento abreviado parte de la base de existencia de prueba suficiente para justificar una condenatoria. Para ello valora además la aceptación de los hechos del acusado. En caso de que el Tribunal estime insuficientes dichos elementos probatorios, el Ministerio Público tiene el derecho de debatir, en el plenario, la virtud de la prueba para demostrar la responsabilidad del imputado. Por tal razón si el Tribunal considera que la prueba no permite determinar, con certeza, la existencia del hecho y la participación del imputado, debe

rechazar el procedimiento abreviado y no dictar una absolutoria, pues restringe, en la forma apuntada, la intervención del Ministerio Público. Distinta es la situación si el Tribunal es del criterio que los hechos no son constitutivos de delito, pues aquí no habría impedimento para absolver. Sobre el particular esta Cámara ha señalado “[...] cuando el juzgador de juicio tiene duda sobre la comisión de un hecho delictivo, al conocer una solicitud de procedimiento abreviado, debe rechazarlo y devolver la causa al Juzgado Penal con el fin de conocer sobre la admisión de la acusación o bien la corrección de los defectos detectados. En tal sentido se ha indicado: “[...] Debe anotarse también que la calificación jurídica que se le haya dado a los hechos en la acusación, o la calificación que se le haya dado al grado de participación del imputado tampoco vinculan al Tribunal que resuelve conforme al procedimiento abreviado. Por ello podría incluso dictarse una sentencia absolutoria, por estimarse que los hechos acusados por el Ministerio Público y aceptados por el imputado son atípicos, no son antijurídicos o el comportamiento del mismo no fue culpable. Si bien pueden variarse las consideraciones jurídicas en relación con los hechos acusados, lo que no se puede modificar si se resuelve el asunto conforme al procedimiento abreviado son los hechos acusados por el Ministerio Público. Así si el juzgador duda con respecto a la responsabilidad penal del imputado, no obstante la aceptación de los cargos del mismo, lo procedente es rechazar el procedimiento abreviado. Tampoco es posible agregarle nuevos hechos a los que se mencionan en la acusación, de modo que ello altere el grado de responsabilidad del imputado o lo exima de la misma. Así si se consideran como probados hechos nuevos hechos (sic) que hacen que se modifique el hecho acusado en cuanto al grado de responsabilidad del imputado, lo que corresponde es rechazar el procedimiento abreviado [...]” (votos 8-F-99 de las 10:00 horas 15 de enero de 1999, 217-02, de las 11:00 horas del 8 de marzo del 2002 y 2003-947, de las 11:15 horas del 22 de setiembre del 2003). En este caso se ha absuelto por duda, sin permitir al Ministerio Público, en el juicio oral y público, demostrar la bondad de los elementos probatorios citados en la acusación. Dicha restricción constituye un vicio absoluto. Estas razones nos lleva a anular el fallo recurrido y decretar el reenvío.

(S 93-04 de las 15:00 hrs. del 11-02-04 del TCP).

6. Principio lógico de indiferencia

El Tribunal de Casación ha utilizado el principio lógico de indiferencia para valorar la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, señalando que si se aplican las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, se produce más de una conclusión posible e igualmente válidas, pero excluyentes entre sí, pero las dos son verdaderas y el tribunal debe asumir la que más favorece al imputado:

Ha dicho reiterada y abundantemente este Tribunal de Casación, que la regla in dubio pro reo tiene como base una duda razonada consistente en alternativas de conclusión fáctica, derivadas de aplicar las reglas de la sana crítica a la prueba incorporada al proceso; esto es, si valorada la prueba según las reglas de la lógica, psicología y experiencia, se arriba a varias posibilidades fácticas inconciliables entre sí, se está ante la duda de cuál de las hipótesis es la verdadera y debe tomarse la más favorable al imputado. De acuerdo a esto, la duda puede ser argumentada en casación por la defensa sólo de dos formas: (i) si el juzgador de mérito expuso conclusiones alternativas excluyentes entre sí y no obstante eso condenó, y (ii) exponiendo al Tribunal de Casación el razonamiento que debió llevar a conclusiones alternativas inconciliables. Ni una ni otra cosa hace el recurrente, de donde no convence cómo se concluye una duda razonada y debe aplicarse a favor de su patrocinado la regla in dubio pro reo; así, corresponde declarar sin lugar el motivo. En concreto se dijo: «[...]Este Tribunal de Casación Penal, ha reiterado que la regla in dubio pro reo se aplica cuando después de someter el material probatorio a las reglas de la sana crítica, se dan conclusiones fácticas alternativas e inconciliables. En concreto se ha dicho: «[...] la regla in dubio pro reo corresponde al principio lógico de indiferencia, implica que, si aplicadas las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba se produce más de una conclusión posible e igualmente válidas pero excluyentes entre sí, las dos son verdaderas y debe el tribunal asumir la que más favorece al imputado. El principio de indiferencia o de falta de razón suficiente es referido por Black del siguiente modo: "[...] Más generalmente: si hay n alternativas de la misma forma, mutuamente excluyentes, apoyadas por razones simétricas, entonces las n probabilidades deben considerarse iguales [...]El principio de indiferencia ha sido expuesto antes en su forma más plausible. Cuando cada razón que tengamos para creer A se ve acompañada de una razón exactamente correspondiente a favor

de creer en B, el sentido común inmediatamente está de acuerdo en que las probabilidades asignadas propiamente a las alternativas, sobre las evidencias disponibles, deben ser iguales. Menos plausible es la aplicación del principio a los casos en que la simetría requerida de las razones de apoyo deriva de la carencia total de razones por ambas partes. Los argumentos a partir de lo que se podría llamar 'paridad de ignorancia' (que ha seducido incluso a un pensador tan capacitado como William Stanley Jevons) han contribuido a acarrear sobre el principio un merecido descrédito. (Es difícil, por supuesto, imaginar un caso en el que el pensador carezca totalmente de evidencia favorable bien sea a P bien a no-P, y que, en consecuencia, se vea obligado a asignar a cada alternativa la probabilidad de 1/2. ¿Es el presente lector de estas líneas de sexo masculino? Al escritor se le antoja que la mujer lee artículos de filosofía con menos frecuencia que el hombre lo hace; de ser así, las razones relevantes son asimétricas y no procede aplicar el principio.) [...] También se ha formulado la objeción de que el principio nunca es estrictamente aplicable, ya que la evidencia nunca es perfectamente simétrica con respecto a un número de alternativas, y que, en todo caso, es inútil en los numerosos casos en que las alternativas a analizar no pueden amillarse en un conjunto de alternativas ostensiblemente paralelas[...].» (Black, Max: *Inducción y probabilidad*, Cátedra-Teorema, 2ª edición, Madrid, 1984, p. 126-128.)'En el presente asunto, el recurrente no ha expuesto argumento alguno demostrativo de la existencia de conclusiones fácticas alternativas, igualmente válidas y excluyentes entre sí, en punto a la culpabilidad e inocencia del imputado, por lo que no tiene aplicación la regla *in dubio pro reo*[...].» (caso González Soto, T.C.P., N° 2001-255, 23/03/2.001, Exp: 00-000742-008-PE). «[...] Es claro que la regla *in dubio pro reo* transporta al proceso penal lo que en lógica se conoce como el principio de indiferencia, de acuerdo a este se produce una duda cuando valorados lógicamente los distintos elementos de juicio se arriba a conclusiones alternativas (más de una); de aquí que un fundamento del motivo obliga al recurrente a valorar la prueba, para demostrar ante el tribunal de casación que, además de la conclusión del *a quo* hay por lo menos otra alternativa[...].» (caso Navarro Meza, T.C.P., N° 2001-035, 12/01/2.001, Exp: 00-200022-288-PE-8). De todo lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones: (i) la regla *in dubio pro reo* se aplica cuando, después de valorado el material probatorio se obtiene más de una conclusión válida, caso en el que debe tomarse la

más favorable al reo, todo lo cual debe expresarse en la sentencia; (ii) el control de esta regla en casación, provocado por el Ministerio Público, es viable cuando la sentencia no es unívoca en sus conclusiones, pero el Fiscal logra demostrar que sí debió serlo; y (iii) el control de esta regla por casación, provocado por la defensa, es viable cuando (iii.a) se ha condenado pero se exponen conclusiones alternativas en la sentencia, (iii.b) se ha condenado pero la defensa demuestra que además de las conclusiones del tribunal de mérito, la prueba lleva a otras alternativas. Examinado el fallo de mérito, da cuenta esta cámara que el a quo condenó bajo una conclusión, producto de valorar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica. Da cuenta del examen del ofendido en juicio, así como de los otros testigos quienes aportan el contexto de los hechos, para derivar de allí con certeza la actuación delictiva del imputado. Aunado a la versión del ofendido vienen las declaraciones Cindy María Martínez Sanabria y Rónald Eduardo Franco Sojo; estos últimos no presenciaron los hechos, pero informan del trato violento, amenazador e irrespetuoso, con que verbalmente agredía a su hijo y aquí ofendido. Esto, en opinión del juzgador de mérito y en ello no verifica defecto alguno esta corte de casación es en forma unívoca, la perturbación violatoria de la orden dada en el proceso de violencia doméstica, y configurativa del delito de desobediencia. No expuso el juzgador conclusiones fácticas alternativas e inconciliables, y el recurrente no demostró que correctamente valorada la prueba se produjera este fenómeno. Por ello no tiene aplicación al caso la regla *in dubio pro reo*. No es admisible la afirmación del recurrente, en el sentido de que la contraposición del relato del ofendido y el silencio del imputado, conduce irremediabilmente una duda racional [...]» (Caso Martínez Molina, T.C.P., N° 2001-979, 09:28 hrs., 30/11/2.001, Exp.: 00-200521-345-PE). En igual sentido V.: CR vs. Quirós Muñoz, T.C.P., N° 2001-407, 28/05/2.000; CR vs. González Palacios, T.C.P., N° 2001-604, 09:35 hrs., 17/08/2.001; y Vásquez Ramos, T.C.P., N° 2001-690, 09:40 hrs., 07/09/2.001.

(S 310-02 de las 8:55 hrs. del 26-04-02 del TCP. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 319-00, 035-01, 0255-01, 0407-01, 604-01, 690-01, 979-01, 310-02, 255-01, 407-01 y 688-03, entre otras, del mismo tribunal).

7. Deber de analizar la totalidad de la prueba

Los juzgadores, para arribar a conclusiones contrapuestas, igualmente válidas entre sí que generen la aplicación del *in dubio pro reo*, tienen el deber de analizar la totalidad de la prueba recibida e incorporada al debate, tanto de cargo como de descargo:

[...] la resolución fundamentada en la duda debe exponer la apreciación probatoria de los juzgadores que los lleva a dos o más posibilidades alternativas de conclusión, de las cuales no es posible escoger una descartando las demás con certeza razonable [...].

(Voto 512-F-94, de las 15:50 Horas del 28 de noviembre de 1994). (En sentido similar, los votos de este tribunal 103-F-99, 112-F-99, 296-F-99, 371-F-99, 116-2000 y 255-2001, entre otros).

Para lograr la correcta aplicación del principio en examen, resulta indispensable que el juzgador haya analizado la totalidad de la prueba admitida e incorporada al debate y dé su valoración, para lograr obtener la duda razonada, fundamento del *in dubio pro reo*.

(S 447-02 de las 11:15 hrs. del 20-06-02 del TCP. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 733-03 y 145-05 de la STC).

8. Duda sobre la existencia de una causa de justificación

Se ha señalado que la duda razonable sobre la existencia de una causa de justificación debe conducir al dictado de una sentencia absolutoria, con base en el principio de *in dubio pro reo*. Así, en la sentencia 1028-05 de las 14:42 hrs. del 11-10-05 del Tribunal de Casación Penal, se señaló:

A juicio de la recurrente, la sentencia presenta una contradicción insalvable, al admitirse que existe una duda sobre la presencia de una legítima defensa de parte de la imputada, y aplicar el principio in dubio pro reo. Reclama que ese razonamiento no es aplicable, porque no puede invocarse la duda en relación con esa causa de justificación, es decir, la legítima defensa debió acreditarse, pues, de lo contrario, se mantenía firme la comisión de los hechos delictivos,

conforme con la prueba aportada por el Ministerio Público. Estima a la vez que se presenta una contradicción al afirmarse que es tan creíble lo manifestado por la imputada y sus testigos, así como lo dicho por la víctima y los testimonios aportados. También reprocha que existe contradicción porque en principio se establece como posible una legítima defensa, pero luego también excluye la posibilidad de un exceso de la defensa, siendo necesario lo primero para que opere lo segundo. **Sin lugar el motivo.** Estima esta Cámara que sí es posible aplicar el principio *in dubio pro reo* en relación con la existencia de una causa de justificación. En el fallo el Tribunal valora la totalidad de la prueba y concluye en el sentido que no es posible descartar que la conducta de la imputada, de atacar con un leño a las víctimas, tenía como fin defenderse de una agresión ilegítima que sufría en ese momento (folios 147 a 151). El artículo 9 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa, que “[...] En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado [...]”. Es claro que el determinar si se dan los presupuestos de hecho de una legítima defensa, es decir, si existe una agresión ilegítima, si se da la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, es una cuestión que contempla no sólo aspectos de orden jurídico sino también fácticos. De tal forma que al no poder excluirse, con certeza, la existencia de esa causa de justificación conlleva, lógicamente, al dictado de una absolutoria a favor de la imputada. De igual forma no existe contradicción en el fallo al afirmarse que no es posible desechar en su totalidad las versiones de cargo aportadas por el Ministerio Público y la prueba de la imputada. La sentencia contiene una motivación suficiente para concluir en ese sentido.

(En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 468-00, 151-F-98, 472-99 del 29-10-99 del TCP y 184-02, 1061-01, 844-04 de la STC).

Esta posición es coherente con los principios de inocencia, libertad probatoria y aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, por cuanto existen casos en que el imputado alega la legítima defensa y no tiene ningún otro elemento para acreditarlo, más que su propia versión de los hechos.

No puede afirmarse que aquí se da una inversión del principio de carga de la prueba y que el imputado tenga la obligación de acreditar su dicho –como erróneamente lo entendió la Sala Tercera en algunas de sus resoluciones– sino que su credibilidad dependerá del análisis que haga el tribunal en cada caso concreto, aplicando para ello las reglas de la sana crítica.

9. Aplicación directa del *in dubio pro reo* por parte de la Sala de Casación

En algunos casos, al conocer la Sala Tercera de recursos contra sentencias basadas en prueba insuficiente para condenar, aplica directamente el principio de *in dubio pro reo*, sin reenviar el asunto para una nueva sustanciación:

El problema que esta Sala observa en el fallo y por el que se debe acoger el motivo, es más un problema probatorio, que de aplicación de la ley sustantiva. En este sentido se tiene que hubo una mala investigación policial para el caso del imputado Carmona Quesada que no es posible resolver a esta altura del proceso. Este error provocó, que el único elemento de convicción que se obtuvo para implicar a dicho imputado fue, la realización de dos compras controladas, aunque una de estas fuera con “billetes marcados”, que se decomisaron en el domicilio del imputado. Sin embargo, cuando se practicó el allanamiento no se encontraron más elementos de convicción que permitieran vincular al sujeto con la venta de droga a consumidores. No se encontró droga, ni los implementos que la experiencia común permite relacionar con esa actividad ilícita. En este caso, la ausencia de evidencias confirmatorias a las compras controladas hace que exista una duda razonable que impone la aplicación del principio *in dubio pro reo*, duda que se ve reforzada porque las autoridades de investigación policial, en este caso, se limitaron a realizar un operativo de dos días, el 3 y el 4 de febrero de 1994. Ni siquiera la policía que participó de este operativo informó que las vigilancias hubieran permitido establecer algún tipo de actividad propia de los lugares en que se comercia droga. En ese sentido, la testigo M.L.R.S. señaló que no se hizo vigilancia (ver folio 1638) y el testigo J.J.A.M. indicó tan solo que se ubicó la vivienda y se vigiló, pero sin más detalles sobre el resultado de tal actividad. En todo caso, como se ha señalado, fue solo un día el que se pudo haber hecho tal vigilancia, puesto que al día siguiente se practica el operativo del allanamiento. Otro aspecto que resulta esencial para que

el panorama probatorio no sea suficiente para sostener una condena, es que no se encontrara droga en la casa del acusado. Si realmente el mismo se dedicaba a tal actividad, y momentos antes del ingreso de la policía había vendido droga, entonces no se explica como no apareció evidencia que confirmara la conducta ilícita. El problema probatorio que se evidencia, no es posible superarlo con un juicio de reenvío, en virtud de que no existen elementos de prueba que permitan cambiar el panorama dubitativo. Bajo tal circunstancia, a pesar de que no se trata de un problema de tipicidad en el sentido que lo propone el recurrente, lo cierto del caso es que procede aplicar el artículo 450 del Código Procesal Penal y por economía procesal, en cumplimiento del principio in dubio pro reo, se casa la sentencia y en su lugar se absuelve a J.A.C.Q. de toda pena y responsabilidad por el hecho que se le ha atribuido. Por innecesario se omite pronunciamiento respecto del otro motivo del recurso de casación.

(S 26-05 de las 9:35 hrs. del 28-01-05 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 989-98, 259-00, 686-00, 303-01, 765-02, 481-03, 429-04 y 1132-04, entre muchas otras.)

d) Restricción del uso de la coerción

En virtud del principio de inocencia, solo puede afectarse la libertad en aquellos casos donde ha mediado una efectiva demostración de culpabilidad, a través de la realización de un proceso que cumpla con todas las garantías legales y constitucionales, y donde no exista otra alternativa que consiga los fines de la sanción penal.

Por otra parte, el uso de la coerción, sin que medie una demostración de culpabilidad, solo puede justificarse excepcionalmente en determinados casos, cuando sea estrictamente necesario para asegurar la realización del proceso y atendiendo al principio de proporcionalidad. En estos supuestos, la presunción de inocencia funciona como un límite a la imposición de dichas medidas, razón por la cual, estas deben encontrarse debidamente justificadas y solo pueden dictarse por un plazo razonable.

e) El juicio previo y la legalidad del proceso

Como derivado del principio de inocencia, para que puedan restringirse la libertad u otros derechos de la persona, con ocasión de la aplicación de una sanción penal, se requiere la realización de un debido proceso, donde se haya demostrado efectivamente la culpabilidad, con total respeto, tanto de las normas legales como de las establecidas en la Constitución Política, derechos humanos y derechos fundamentales previstos en los diversos instrumentos de derecho internacional, garantizándose ampliamente el derecho de defensa del imputado.

En el caso de las medidas alternativas, tales como: la conciliación, el procedimiento abreviado, la reparación integral del daño y la suspensión del proceso a prueba, si bien no se realiza un proceso donde se agoten todas las fases del mismo, no se produce una vulneración al principio de inocencia, porque las condiciones o sanciones que se imponen son asumidas voluntariamente por el imputado, con la debida asistencia letrada, ya que en muchos casos, resulta más ventajoso acogerse a esos institutos y evitar la realización del juicio oral y público que podría tener consecuencias aún más gravosas.

CASOS RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Síntesis del caso

Mediante sentencia 115-TSAP-05, dictada a las 10:10 hrs. del 3-11-05, el Tribunal de Juicio de Puntarenas, sede Aguirre y Parrita, condenó al imputado A.M.C. como autor y único responsable del delito de robo agravado, en perjuicio de T.V.P. y en tal carácter, le impuso cinco años de prisión. Para arribar a esa conclusión, el tribunal, al valorar la prueba señala:

[...] En este caso se ha acreditado que el siete de abril del dos mil cinco, al ser aproximadamente las diez horas, el encartado A. M.C. se presentó en la casa de habitación del ofendido [...] ubicada en la planta de Palo Seco de Parrita. También que estando ahí, y mediante la utilización de un objeto idóneo, rompió el cedazo de una pared aledaña a una puerta de la casa, dejando una abertura por la cual se introdujo. Una vez dentro, el justiciable se apoderó ilegítimamente de... bienes pertenecientes a la familia del ofendido. Todo ello se desprende de una apreciación integral de la prueba evacuada. Ciertamente el imputado no fue visto ingresando a la vivienda del ofendido, pero los indicios recibidos llevan a concluir de modo indubitable que sí lo hizo [...] se tiene que el hecho ocurre en horas de la mañana del siete de abril del dos mil cinco [...] Lo que ocurre ese día debe reconstruirse a partir de los diversos testimonios recibidos [...] el ofendido T.V.P. refiere que salió a trabajar a la Planta de Palo Seco aproximadamente a las dos de la madrugada. Su esposa salió luego, como a las seis de la mañana con su hijo, de manera que a partir de ese momento la casa queda sola...En horas de la mañana, como entre nueve y nueve y media, don A.B.B., vecino del cuadrante, pasa por la vivienda del ofendido y observa al imputado en el corredor, viendo hacia un lado y hacia otro[...]Dice estar seguro de que era el imputado...Indica que como a los cinco minutos vuelve a pasar y ve que el encartado ya iba a paso acelerado, dirigiéndose hacia Parrita. Ciertamente, no recuerda si el justiciable llevaba algo, pero ello es así, simplemente porque no se fijó y porque aquél iba como inclinado [...] Por otro lado, dice que no vio nada extraño en la casa de don Tobías, al pasar la segunda vez, pero también reconoce que no pasó muy cerca [...] Debe tomarse en cuenta también que don Angel Gerardo iba en bicicleta, lo que permite

explicar el que no se haya percatado de ciertos detalles, que quizá habría mirado si hubiera ido a pie. Don T.V. dice que un primo, de nombre E.C., le comunicó que había un hueco en la pared de su casa. Eso fue como a las diez de la mañana [...] Cuando llega a su hogar, ve que efectivamente, había un hueco en el cedazo que es parte de la pared de la casa, exactamente junto a la puerta...Verificado el hecho regresó a su trabajo y no es sino un par de horas después que es llamado a la Delegación de Parrita a reconocer los bienes que se le han decomisado a una persona que además ha sido detenida. Esta persona es el imputado, como quedó constando en el informe policial de folios 1 y 2 [...] y su detención se logra por la intervención de otro testigo, don O.V. Don O.V. reconoció decididamente al encartado en el juicio...No dudó ni un momento en cuanto a su identidad [...]. La consideración íntegra de toda esa prueba lleva al tribunal a la convicción de que el justiciable fue quien desapoderó al ofendido de los bienes. En forma resumida, se tiene que el imputado es visto por un testigo pasadas las nueve o nueve y media de la mañana en el corredor de la casa del ofendido, viendo de un lado a otro. Es claro que no existe razón alguna para que estuviera ahí. Minutos después lo ve el mismo testigo cuando sale de prisa del lugar, con rumbo a Parrita. Poco tiempo después un segundo testigo, que lo había visto transitar cerca del cuadrante lo ve dirigirse con una bolsa hacia Parrita. Alerta entonces a la policía y ésta detiene al encartado, la que le halla los bienes que habían sido sustraídos de la casa del ofendido mediante el uso de fuerza sobre una pared de cedazo. Todo se da, a lo sumo, en el transcurso de una o dos horas, durante las cuales el imputado es pillado en varios momentos en acciones que resultan compatibles con la acción del robo: conducta sospechosa en el corredor y al salir de la casa, tenencia de los objetos antes y en el momento de la detención. Por otro lado debe considerarse que las horas referidas por los testigos son apenas aproximadas, ya que como es natural, ninguno estaba cronometrando los hechos. Ello significa que lo ocurrido incluso podría haberse dado en un periodo más corto. Lo cierto es que todo ello permite concluir que el encartado no solo llevaba los bienes sino que fue además quien realizó la sustracción [...].

Contra esta sentencia, la defensora del imputado interpone un recurso de casación, alegando violación al principio universal del *in dubio pro reo* y principio

de inocencia. Solicita que se case la sentencia y se reenvíe a su tribunal de origen para una nueva sustanciación. Alega que la prueba testimonial evacuada durante el contradictorio no brindaba los elementos necesarios para que el tribunal pudiera emitir un fallo condenatorio. Por cuanto, según plantea la impugnante, en primer lugar, el tribunal tuvo por acreditado que el imputado nunca fue visto ingresando a la casa del ofendido para cometer un robo en dicha vivienda.

En segundo lugar, el ofendido T.V.P. indica que ni él ni familiares suyos se encontraban en la casa al momento de la comisión del ilícito dentro de la misma. En tercer lugar, que si bien es cierto el testigo A.G.B.B. observó al imputado en el corredor de la casa del ofendido, entre las 9:00 y las 9:30 de la mañana del día del robo, no indicó que el mismo se encontrara en una actitud sospechosa, queriendo introducirse a la casa o llevando consigo alguna bolsa o maleta en donde eventualmente portara los bienes sustraídos.

Además la impugnante agrega que los juzgadores realizan suposiciones al plasmar en el fallo que, a pesar de que el testigo A.G.B.B. no indicara que el imputado llevaba algún bien consigo, y aunque no observó nada extraño en la casa del ofendido, concluyen que tampoco dicho testigo afirma que no llevara nada, o que no hubiera una abertura en la pared de la casa, en donde se cometió el ilícito acusado.

En cuarto lugar, a criterio de la quejosa, si se analizan debidamente las declaraciones de los testigos A.G.B.B. y O.V.A., se llega a la conclusión de que no es posible descartar que el imputado adquiriera los bienes que le fueron decomisados, por un medio diferente al robo.

En quinto lugar, el tribunal no tomó en cuenta que el testigo O.V.A. manifestó que la persona que observó caminar el día de los hechos con rumbo de Quepos a Parrita tenía el pelo largo; descripción que no encaja con la característica de cabello corto con que fue descrito el imputado por parte del auxiliar judicial, al momento de rendir la declaración indagatoria.

En síntesis, considera la quejosa que de los elementos de prueba arrojados por los testimonios evacuados durante el juicio, no se puede extraer la certeza necesaria para dictar un fallo condenatorio. Más bien del análisis correcto de ellos, surge una duda razonable que debió conducir al tribunal al dictado de un fallo absolutorio a favor de su representado.

A usted como fiscal se le confiere audiencia del recurso de casación: ¿cómo la contestaría? ¿Estima que el recurso se encuentra debidamente fundamentado? ¿A su juicio, los indicios existentes permiten arribar a un juicio de certeza?

Decisión del tribunal

La Sala Tercera de la Corte resuelve y declara sin lugar el recurso formulado. Señala al respecto:

Cuando se alegan violaciones al principio in dubio pro reo, el recurrente debe atacar la estructura racional seguida por los jueces para formarse una determinada convicción; aquel se encuentra en obligación de demostrar de forma fundada, que conforme a las leyes de la lógica, la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicos, no podía derivarse en el caso concreto una conclusión unívoca sobre la culpabilidad del imputado. Consecuencia de lo anterior, cuando se acusan este tipo de quebrantos, no se debe de plantear ante la Sala de Casación una simple disconformidad con las conclusiones vertidas por el Tribunal en el fallo objeto de impugnación; como aconteció en el presente caso. En suma, no basta una simple discrepancia con las apreciaciones y las valoraciones de los Juzgadores de instancia para creerse legitimado a que prospere la casación por violación al principio citado. Todo lo anterior, debido a que: “[...] El principio in dubio pro reo...constituye una regla de razonamiento prevista exclusivamente para emplearse en los casos en que el juez no supere una duda razonable suscitada por la valoración de la prueba conforme al correcto entendimiento humano. En ese evento, según dispone el artículo 9 del Código Procesal Penal, en caso de duda respecto a las cuestiones de hecho, se estará a lo que resulte más favorable para el interés del imputado. Estas dudas deben ser concretas, reales y debidamente demostradas mediante prueba directa o indirecta y deben impedir formar un convencimiento judicial sobre algún aspecto fáctico relevante que interese al proceso (por ejemplo, la existencia del hecho o algunas de sus circunstancias, o la intervención del acusado en el suceso). El carácter favorable al que alude el citado numeral entra en juego en la valoración de la prueba y en la determinación de los acontecimientos, que son las cuestiones de hecho que cabe establecer en sentencia. Es claro que en estos casos dubitativos, el juez debe optar por fijar la plataforma fáctica en forma

tal, que permita aplicar una ley más benigna (que bien puede ser una recalificación o la sentencia absolutoria), dependiendo de cuál sea el acontecimiento que resulte imposible delimitar por existir duda [...]”. (Sala Tercera, voto 0733, de 10:25 horas del 22 de agosto de 2003). Considera esta Sede que la totalidad del presente recurso, solamente refleja la disconformidad subjetiva de la defensora pública con respecto a la valoración que de las pruebas hicieron los Juzgadores. La quejosa parte de una valoración diferente de los elementos probatorios surgidos del contradictorio -situación que para esta Sala no es de recibo porque vulneraría el principio de inmediación-, misma que en el fallo plasmó el Tribunal; todo ello sin invocar violaciones a la sana crítica en el análisis efectuado por el a-quo en sentencia. Ejercicio valorativo de los Juzgadores que, apunta esta Sala, cumple con el requisito de razonabilidad, propio de una elaboración respetuosa de la sana crítica. Se afirma lo anterior, ya que, luego de un análisis pormenorizado e integral de la sentencia impugnada, se observa cómo los Jueces externan los razonamientos por medio de los cuales, a partir de la prueba indiciaria existente, se logró alcanzar un juicio de certeza con respecto a la comisión de los hechos acusados, así como de la participación del imputado A.M.C. en éstos. [...] Como lo precisa el Tribunal, en el presente asunto –al no contarse con testigos que presenciaran el momento exacto en el que el imputado efectuara el robo en la vivienda de T.V.P.– para la fundamentación intelectual de la sentencia se debió elaborar dicho momento, a partir de los elementos de prueba indiciaria surgidos del contradictorio. En la legislación vigente, según los principios informantes de la normativa procesal penal que rige, es válido que una sentencia condenatoria se sustente en prueba indiciaria; con el único requisito de que los indicios cumplan con ciertas cualidades: estos deben ser variados, claros, unívocos y concordantes. Respecto a esta temática se ha señalado: “[...] La prueba de indicios debe ser definida como un juicio lógico crítico por medio del cual se aplica una regla de experiencia a un hecho conocido, para poder inferir otro hecho hasta entonces desconocido. Este concepto permite diferenciar, por una parte, los elementos que componen esta clase de prueba, y por otra, distinguir su estructura lógica. Los elementos de la prueba indiciaria son: **1. El hecho conocido o indicador**; **2. La regla de experiencia**; **3. El indicado o conclusión**. La estructura lógica de la prueba indiciaria es la de un

silogismo, en el que la regla de experiencia opera como premisa mayor, el indicador es la premisa menor, y el indicado es la conclusión [...]” (Sala Tercera, voto 2004-01408, de las 8:45 horas del 10 de diciembre de 2004. En el fallo objeto de análisis, los Jueces plasmaron hechos indicadores, a partir de los cuales se concluyó que A.M.C. es el autor del ilícito de robo agravado acusado [...] la convicción sobre la existencia y la autoría con respecto al ilícito acusado, resultó de una inferencia construida a partir del indicador y la regla de experiencia, y la relación entre indicador e indicado aparece como clara y cierta. Cabe señalar, que la pluralidad de indicadores mencionados por el Tribunal, presentan características de gravedad, precisión y concordancia entre ellos: se observa que la casa del ofendido, situada en la localidad de Planta Palo Seco de Parrita, el día 07 de abril de 2005, se encontraba sola desde las seis de la mañana. Debido a que dicha zona es un ambiente rural, en donde los vecinos se conocen entre sí, es fácil detectar la llegada de una persona ajena al lugar. Precisamente por ello es que al testigo A.B.B. le llama la atención la presencia del imputado- sujeto que no era de la zona, nótese que el imputado refirió que era vecino de Pavas, San José, acta de debate folio 53 – en el corredor de la casa del ofendido, a las nueve de la mañana de ese día; sobre todo porque se encontraba “viendo hacia un lado y hacia otro”, como vigilando o buscando a alguien o algo. Precisamente dicha actitud es propia de personas que procuran impunidad al momento de cometer un hecho ilícito en el sentido de no ver frustrado el mismo por la llegada de un tercero que los sorprenda durante la sustracción de bienes o durante la huida luego de la comisión de la conducta reproachable. Minutos después dicho testigo observa nuevamente al imputado –ya que con respecto a su identidad no existe margen de duda, debido a que fue identificado sin vacilaciones durante el contradictorio-, ahora no en el corredor de la vivienda del ofendido, sino alejándose del lugar a paso acelerado, casi corriendo. Por otro lado, el testigo O.V.A., dos días atrás a la fecha de los hechos, había sido alertado por un vecino de la localidad, sobre la presencia de “un sujeto sospechoso” en la zona, mismo que resultó ser el imputado. El día de los hechos, O.V.A., quien se desempeñaba como chofer de la empresa Palmatica, cumplía un recorrido en dirección de Quepos a Parrita, cuando observó a [al imputado] caminando por el lugar, por lo que le prestó atención. Minutos después el testigo fue enviado a

Parrita, y al no toparse con el imputado en el camino, consideró que probablemente se había quedado en el sector, esto alrededor de las nueve de la mañana, valga mencionar que cerca de esa área es donde se ubica la vivienda del ofendido. Aproximadamente a la once de la mañana de ese día, nuevamente el testigo se topa al imputado, quien ahora porta una bolsa; debido a que O.V.A. ya había sido informado del robo en la vivienda de T.V.P., alerta a la policía sobre la presencia del imputado en la zona (Informe policial de folio 2), y es así como éste es aprehendido y se le decomisan los bienes provenientes del ilícito. Aproximadamente a las diez de la mañana de ese mismo día, T.V.P. ya había sido alertado sobre el ilícito en su vivienda, y al arribar al lugar, confirma la sustracción y constata la existencia de una abertura en una pared de la residencia que habitaba y la ausencia de varios bienes de su propiedad. No habían transcurrido dos horas de esto, cuando oficiales de la Delegación de Parrita que habían aprehendido al imputado, solicitan al ofendido su presencia a efecto de que indique si los bienes decomisados momentos antes al imputado A.M.C., eran de su propiedad (acta de decomiso de folio 3); reconocimiento que tuvo resultado positivo. Como se nota, existe una evidente proximidad temporal entre el momento en que estos dos testigos observaron al imputado en las cercanías de la vivienda del ofendido (incluso uno de ellos—A.B.B.— lo ubica dentro del corredor de la misma en una actitud inquietante, para después observarlo alejarse del lugar con rapidez), el robo a la propiedad de T.V.P., y la aprehensión del imputado portando los bienes de aquél. En suma, la prueba indiciaria ubicó al imputado dentro de la propiedad del ofendido, durante el lapso en que debió acontecer la sustracción (entre las 6:00 y las 9:30 de la mañana del 07 de abril de 2005). El justiciable fue observado por al menos dos testigos en actitud sospechosa en la mañana del día de los hechos (A.B.B. y O.V.A., folios 59 y 60) y menos de dos horas después de acontecido el ilícito, A.M.C. fue detenido, portando los bienes que el ofendido había denunciado como sustraídos de su vivienda (folios 2 y 3). Con respecto a la identidad del justiciable, como bien lo afirmó en su momento el Tribunal, no existe duda, debido a que durante el contradictorio, el imputado fue plenamente reconocido por los testigos como la persona que se encontraba en el corredor de la vivienda del ofendido el día de los hechos y como quien sujeto que ingresó al cuadrante, en donde se ubica la vivienda que habita Tobías Vega Porras, y al que posteriormente,

al ser aprehendido por la policía, se le decomisaron los bienes sustraídos. Como se constata, los indicios en el presente asunto son sólidos, unívocos y concordantes y efectivamente, constituyen base suficiente para el dictado de una sentencia condenatoria en contra del imputado. Con respecto al punto que se reclama, referido a la eventual diferencia en el largo del cabello del sospechoso; dicho aspecto carece de relevancia si se toma en cuenta que, tal como lo consignó el Tribunal en la fundamentación del fallo, el testigo O.V.A. no dudó en reconocer al imputado, indicando, solamente a modo de aclaración, que el cabello lo portaba diferente. Por lo que este aspecto no fue capaz de afectar la convicción sobre la participación de imputado en los hechos, tal como fundamentó de forma adecuada el Tribunal. A pesar de que la impugnante insiste en que su representado pudo haber obtenido los bienes de una forma diferente a la sustracción en la vivienda del ofendido, lo cierto es que no existe indicio alguno que revele o haga sospechosa la presencia de un tercero en el sitio a la hora en que los hechos suceden, a quien pueda atribuírsele esta sustracción, o que haya vendido los bienes robados al imputado; de la prueba más bien se deriva lo contrario, tal como fuera analizado líneas atrás. En concreto, la fundamentación intelectual con respecto al análisis de prueba indiciaria, plasmada por los Jueces en la sentencia impugnada, no deja margen de duda sobre la participación del imputado en los hechos acusados. La prueba evacuada durante el contradictorio desvirtuó el estado de inocencia del justiciable y sobre ella se estructuró la convicción con respecto a la culpabilidad de A.M.C. Por ello, no se evidencia en el ejercicio racional efectuado por el Tribunal, violación alguna del principio *in dubio pro reo*, ni del principio de inocencia. Como plasma la jurisprudencia de esta Sala: “[...] Para que sea viable aplicar el principio *in dubio pro reo*, las dudas han de ser razonables, esto es, cuando al valorar el material probatorio el juez no pueda optar justificadamente por una de las posibles interpretaciones que cabría otorgar a los elementos de convicción, debe resolver el conflicto conforme a lo que resulte más favorable para los intereses del imputado. No obstante, para que la duda sea importante, debe recaer sobre un extremo probatorio decisivo para demostrar alguno de los aspectos que permitirían aplicar la ley sustantiva (por ejemplo, la existencia del hecho típico en su condición simple, agravada o calificada, la existencia de una causal de justificación o exculpación, la

participación criminal del justiciable o el régimen concursal, entre otros) [...] A ello debe agregarse, que la incertidumbre debe ser concreta, comprobada y objetiva y no basarse en una valoración subjetiva de la prueba conforme a los intereses del inconforme con la resolución, o en una mera apreciación teórica o una suposición [...]” (Sala Tercera, voto 2004-00007 de las 9:15 horas del 16 de enero de 2004). Siendo así, mantiene esta Sala que con respecto a los puntos alegados por la quejosa en su libelo, el Tribunal realizó un análisis respetuoso del debido proceso al valorar en su integralidad la prueba evacuada a la luz de las garantías de inmediación y oralidad, no existiendo los yerros acusados por la impugnante, por lo que considerándose que el fallo se encuentra ajustado a derecho, procede declarar sin lugar el reclamo.

(S 80-06 de las 14:15 hrs. del 13-02-06 de la STC).

Síntesis del caso

El imputado H.H.M. fue condenado por sentencia 166-03 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, sede San Carlos, por dos delitos de robo agravado en perjuicio de A.Z.M., y otro en perjuicio de E.P.J. y se le impuso por cada uno de ellos la pena de cinco años de prisión, para un total de diez años. En el robo cometido en perjuicio de A.Z.M., el tribunal tuvo por probado que a pesar de que ningún testigo lo había ubicado en el lugar de los hechos, había huellas dactilares del imputado en las ventanas de la casa, por lo que

Ello permite concluir con plena certeza que el imputado llegó hasta esa ventana, ya que sus huellas fueron encontradas en la ventana, sin que exista motivo conocido que justifique que sus huellas aparezcan en ese sitio preciso por donde fue sustraído el teléfono celular de la ofendida [...] no existe otra explicación que permita concluir que el autor del hecho delictivo no fuera el encartado [...].

En el caso del robo perpetrado contra E.P.J., también se encontraron huellas dactilares, pero además hubo una testigo que ubicó al imputado el día en que se cometió el robo frente a la casa del ofendido. La defensora del imputado interpuso un recurso de casación contra la sentencia condenatoria, alegando en relación con el primer caso, violación al principio de *in dubio pro reo*, dado que ningún

testigo ubicó al imputado en el lugar de los hechos, considerando que las huellas dactilares del imputado encontradas en la ventana de la casa de la ofendida constituían un indicio anfibiológico, pues pudieron haber sido estampadas en día distinto al robo y, al estar en una ventana de la casa, no necesariamente permitían llegar a la conclusión de que el imputado ingresó a la vivienda y sustrajo el teléfono celular.

En cuanto al segundo de los casos, la defensora alegó violación a las reglas de la sana crítica, porque el tribunal utilizó dos indicios para condenar al imputado. El primero de ellos, la declaración de la testigo: *“quien vio al imputado que subía y bajaba frente a la casa de la ofendida Jiménez Ugalde y se sentaba frente a dicha vivienda”* (ver folio 181). El segundo indicio es la existencia de huellas dactilares del imputado en la vivienda de dicha ofendida.

La defensora argumentó que no resultó de recibo que los juzgadores en su mayoría indicaran que si bien era cierto, ningún testigo ubicó al encartado en el lugar de los hechos, la prueba indiciaria, en este caso, los dictámenes criminalísticos, eran prueba contundente para una sentencia condenatoria.

¿Cómo contestaría usted como fiscal la audiencia de casación? ¿A su juicio, resulta de aplicación en la especie el *in dubio pro reo*?

Decisión del tribunal

En relación con el caso del robo cometido contra A.Z.M., la Sala Tercera estimó:

El artículo 9 del Código Procesal Penal establece el principio de favor rei, el cual opera en dos vertientes: a) como regla de trato durante el proceso, y b) como regla de juicio. Según esta última: “en caso de duda sobre las cuestiones del hecho se estará a lo más favorable para el imputado”. Esto significa que la sentencia condenatoria sólo se puede imponer cuando exista certeza sobre los hechos y sobre la configuración del delito [...]. En el presente caso, y específicamente respecto de los hechos cometidos en perjuicio de A.Z.M., estima esta Sala que la conclusión del Tribunal de tener por acreditados los hechos es errónea [...] El Tribunal ha invertido la carga de la prueba. El único elemento probatorio que se encuentra en el expediente es la

existencia de huellas dactilares del imputado en una ventana de la casa en donde habita la ofendida, lo cual es un mero indicador equívoco, anfibológico y aislado, que sometido al análisis lógico requerido para la prueba indiciaria, no permite arribar a una conclusión de certeza sobre la autoría del ilícito acusado.[...] La huella digital encontrada en la celosía, como indicador, por sí solo no es “preciso” como para permitir una sentencia condenatoria, pues por vía deductiva no conduce a la sola e inequívoca conclusión de que el imputado haya estado en dicho lugar al momento del robo juzgado, ni de que lo haya cometido. Esto es así debido a que ese indicador bien podría relacionarse con otros hechos anteriores o posteriores distintos del ilícito juzgado. En el tanto que la huella digital en la celosía, vista de manera aislada, permite una explicación o conclusión compatible con otro hecho distinto, se trata de un indicador anfibológico, insuficiente para “debilitar” el *in dubio pro reo*. En esa misma dirección, como indicio contingente con el que solamente se prueba la ubicación del imputado en el lugar donde se cometió el ilícito, debe señalarse que no es concordante con ningún otro hecho indicador que permita inferir la comisión del ilícito juzgado, como podrían serlo, un testigo que lo ubique en el lugar de los hechos cerca del momento del robo, o la existencia de un decomiso de bienes. Para poder extraer una conclusión sobre el momento en el cual H.H.M. estuvo en ese lugar, y sobre su autoría o participación en el ilícito acusado, y con ello para poder desvirtuar el principio *in dubio pro reo*, se debió contar con algún otro indicador al respecto, lo cual sobre este hecho en particular nunca se dio. De la huella digital en la celosía como único y aislado elemento indiciario no se puede concluir con certeza que el día de la sustracción –y no otro día–, fuera el imputado quien además de poner sus manos en la ventana, quitara las celosías con el fin de perforar un boquete que le permitiera apoderarse del teléfono celular de la ofendida. Esas huellas pudieron estamparse antes de que se produjera el robo, e incluso después. No existe ningún otro elemento de prueba, ya sea testimonial, documental, o indiciaria que permita, en conjunto con la existencia de esas huellas, determinar que el día del robo el imputado hubiera participado en el mismo. Es claro que dicho elemento nos da una probabilidad de comisión de los hechos acusados, más no la certeza requerida en un fallo condenatorio penal. Finalmente, el razonamiento del Tribunal en el sentido de que “no existe otra explicación que permita concluir que el autor del hecho

delictivo no fuera el encartado [...]” (ver folio 154), está trasladando al mismo la carga de demostrar que el no robó el teléfono móvil, al expresar que no hay otra explicación posible que la que describe la pieza acusatoria. Según el principio de *onus probandi*, es el Estado quien debe demostrar, en la persona del representante del Ministerio Público, que los hechos acusados son ciertos sin ningún margen de duda. No es el imputado quien debe facilitar explicaciones alternativas a la acusación si esta no ha sido plenamente demostrada en debate. La afirmación de que no hay otra explicación posible de los hechos que no sea tener por cierta la culpabilidad del imputado contraviene el principio de *in dubio pro reo* en los términos arriba descritos. Por economía procesal, y tomando en cuenta que en caso de ordenarse la reposición del juicio no habría nuevos elementos probatorios a incorporar distintos de la existencia de las referidas huellas, se casa la sentencia y se absuelve a H.H.M. por el delito de robo agravado cometido en perjuicio de A.Z.M. Por resultar innecesario, y dada la absolutoria aquí decretada, se omite pronunciamiento respecto del vicio de falta de correlación entre acusación y sentencia alegado en el tercer motivo del recurso.

En relación con el segundo caso, la sala resolvió:

El reclamo no es atendible: En este punto concreto el Tribunal llega a la certeza respecto de la comisión del delito en perjuicio de E.J.U., con base en dos elementos. Las huellas dactilares, que vinculan al imputado en cuanto al espacio en la vivienda donde se perpetró el robo y específicamente en las celosías que fueron quitadas para ingresar a la vivienda, y la declaración de M.L.M.V., que ubica al imputado el día en que se cometió el robo y en la vivienda de dicha ofendida. Analizando esos dos elementos en forma conjunta se puede concluir en forma válida que el mismo fue el autor de la sustracción, no observando esta Sala en el procedimiento lógico seguido por el Tribunal, violación alguna a las reglas de la sana crítica racional, contrario a lo alegado por la recurrente.

(S 1050-03 de las 10:10 hrs. del 21-11-03 de la STC).

Síntesis del caso

La imputada A.O.A fue condenada a cinco años de prisión por el delito de venta de droga a consumidores, por sentencia número 898-03 de las 16:20 hrs. del 29-07-03 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

En dicho fallo se tuvo por acreditado que

[...] a finales del mes de abril del año 2001, la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad Pública, obtuvo informes confidenciales, en el sentido de que en el Hotel Managua, [...] se estaba expendiendo droga [...] ordenándose como correspondía, realizar la investigación pertinente; la que llevó a efectivos del cuerpo policial mencionado, a ejecutar en el Hotel mencionado y a diversas personas, quince precompras de clorhidrato de cocaína, [...] todo lo cual se comprobó de manera exhaustiva a través de los informes policiales, [...] dictámenes criminalísticos [...], mediante los que se determina la cantidad y calidad de droga producto de las compras experimentales arriba mencionadas y declaraciones de los oficiales, Gustavo Garita Piedra y Roiman Sáenz Cruz, todo lo cual, tuvo como consecuencia, que el día 26 de julio del 2001, al ser aproximadamente las veinte horas con veinte minutos, el testigo Sáenz Cruz, actuando como oficial de policía encubierto, se presentara al vestíbulo del Hotel Managua, donde contactó con el coimputado Edwin Salas Madrigal, a quien compró por la suma de un mil colones, previamente identificados en dos billetes de quinientos colones cada uno, con series D12911387 y D02840304, tal y como se constata con acta de folio 102 a 104, un envoltorio de papel aluminio conteniendo 0,23 gramos de clorhidrato de cocaína base crack, [...] así como que en fecha 27 de ese mismo mes y año, se optara por parte de la Policía de Control de Drogas y la Fiscalía de Narcotráfico del Ministerio Público, la realización de un operativo, tendiente a la realización de una compra de droga controlada, seguida del allanamiento y registro del recinto [...] Es así como, [...] se ordena por parte del Juzgado Penal de este Primer Circuito Judicial de San José, el allanamiento, registro, secuestro e identificación de dos billetes de quinientos colones, series D13975504 y D10414922, los cuales fueron entregados al oficial encubierto Roiman Sáenz Cruz, mediante acta visible de folios 145 a 147, persona encargada

por los responsables de dicho operativo, para llevar a cabo la compra de la droga, la cual una vez presente en el Hotel Managua, realizó a la encartada Camareno Álvarez, encontrándole los dos billetes de quinientos colones indicados, a cambio de un envoltorio de papel aluminio conteniendo 0,13 gramos de cocaína base crack, tal y como lo demostró el dictamen pericial número 2001-5356-QDR [...] Quedó asimismo demostrado que una vez el oficial Sáenz Cruz, hace la compra de la droga, da la señal convenida a sus compañeros, para que dieran inicio al allanamiento, ingresando algunos de ellos, al hotel y otros saliendo de algunas de las habitaciones que habían rentado [...] procediendo éstos a detener en el recinto a los coencartados Salas Madrigal y Camareno Álvarez, logrando encontrar como resultado de la requisa practicada a esta última, en su poder, los dos billetes de quinientos colones, series D13975504 y D10414922, así como uno de los utilizados el día anterior en la compra experimental que se le hiciera al coencartado Salas Madrigal (serie D028400304) [...] así como otra cantidad de dinero en colones y dólares [...] El análisis de la prueba testimonial, pericial y documental, lleva indefectiblemente al tribunal, a tener por desvirtuada y a no darle crédito alguno, a la declaración rendida por la coencartada Camareno Álvarez, quien intentó hacer creer, el que el dinero previamente identificado encontrado en su poder, le fue entregado por una pareja de oficiales del OIJ que rentaron, el día del allanamiento, una de las habitaciones del hotel [...] olvidando la encartada que tal suma de dinero le fue entregada por el señor Juez Penal al oficial encubierto Sáenz Cruz [...] minutos antes de llevarse a cabo el operativo final, momento para el cual, los oficiales encubiertos que fueron destacados dentro del hotel, ocupaban las habitaciones a ellos rentadas, es decir, que cuando el juez hace entrega del dinero ya aquellos estaban ubicados dentro del hotel y por ende ya habían pagado el costo de las habitaciones [...] Asimismo, no se contó con prueba alguna que viniera a demostrar que el oficial encubierto que señala a la encartada como la persona que le vende droga ese día, tuviera algo en contra de aquella y que por tal razón, le achacara participación activa en el ilícito que se conoce. **Es importante también indicar, que si bien es cierto la encartada vende una única vez, no deja de ser menos cierto que el ilícito a ella atribuido no presupone como requisito más de una venta, basta una sola para tenerlo por cometido y consumado.**" (Folios

663 a 666 frente). (El destacado es nuestro). Más adelante, señala la resolución: *“Las formas y los medios utilizados, que incluyen el almacenamiento y la posesión de drogas con el designio de negociarla, así como el objeto material sobre el que recae el delito como lo son las drogas, elemento presente como se demostró con las pericias examinadas que establecen de modo unánime, que los envoltorios decomisados contenían clorhidrato de cocaína y cannabis sativa [...] todo lo cual nos permite arribar a la conclusión de que nos encontramos frente a sustancias psicotrópicas de uso no autorizado [...] se tuvo por plenamente demostrado, la droga a que se ha hecho referencia fue vendida por la imputada. [...] la imputada tenía el conocimiento de que esa sustancia que poseía se trataba de droga, con el designio inequívoco de venderla al consumidor [...] La finalidad del fomento del consumo de drogas que perseguía la imputada con la droga que vendía, quedó claramente demostrada en el presente caso, a través de la actividad misma realizada por ella, quien participaba en la venta a fin de obtener ganancias económicas, lo que en definitiva sólo es sostenible cuando la droga es comercializada y se le hace llegar a los consumidores finales, lo que se establece tanto por las precompras realizadas en el lugar, la compra probatoria y la cantidad de droga que manejaba [...] No resulta consecuentemente necesario que el bien jurídico tutelado [...] sea efectivamente lesionado, basta con que sea puesto en peligro; y es claro que se pone en peligro, desde el momento mismo en que se posee una cantidad importante de droga conteniendo clorhidrato de cocaína, así como cualesquiera otra droga para su posterior venta a terceros”.* (Folios 666 vuelto a 668 vueltos).

Contra dicho fallo, la imputada interpuso un recurso de casación que alegaba violación a las reglas de la sana crítica, y aducía que los elementos de prueba no tenían el peso suficiente para el dictado de una condena.

¿Estima usted que la prueba donde se fundamenta la condenatoria es suficiente para arribar a un juicio de certeza?

Decisión del tribunal

La Sala Tercera de la Corte declaró con lugar el recurso de casación interpuesto, señalando:

[...] pese a que se realizó una larga investigación (que implicó la realización de múltiples compras controladas), Camareno Álvarez nunca figuró como sospechosa. No es sino hasta el 27 de julio del 2.001 en que los oficiales conocen de su existencia, toda vez que en esa fecha le vendió al oficial encubierto Sáenz Cruz un envoltorio de papel aluminio conteniendo 0,13 gramos de cocaína base “crack”. Ese mismo día se realizó un allanamiento, diligencia en la que se le encontraron a la justiciable tres billetes previamente identificados, en concreto, dos que se utilizaron para esa compra controlada y uno que se le entregó al coimputado Salas Madrigal el 26 de julio de 2.001. Pese a que esta es la única prueba que vincula a la encartada con el ilícito que le imputó el Ministerio Público, el Tribunal concluye que Camareno Álvarez se dedicaba a la venta de drogas e inclusive, que las almacenaba con ese propósito. Sin un análisis profundo, utiliza las compras controladas que se realizaron antes del día 27 de julio de 2.001 como elementos probatorios en contra de la acriminada (en concreto, afirma que con base en esas compras se concluye que la encartada tenía droga almacenada), ignorando que en las mismas Camareno Álvarez no tuvo ninguna participación. Así las cosas, pese a que de la prueba recibida lo único que podría derivarse es que la justiciable, el 27 de julio del año 2.001, le vendió 0,13 gramos de cocaína base “crack” al oficial Sáenz Cruz, el Tribunal concluye que se dedicaba a la venta de drogas. Inclusive, véase que en la misma sentencia, pese a que se afirma que la imputada estaba involucrada en esa actividad, se reconoce que vendió únicamente el día 27 de julio del 2.001, indicándose que es precisamente por esa transacción que se le está condenando. Ahora bien, no obstante que se trata de un vicio de forma por el cual ordinariamente habría que anular la sentencia y disponer el reenvío de la causa para nueva sustanciación, en realidad debe procederse directamente a resolver el fondo del asunto absolviendo a la acusada de toda responsabilidad y pena, aplicando el principio *in dubio pro reo*, ya que en el juicio de reenvío se llegaría a las mismas conclusiones que en el presente, en tanto que no existen otras probanzas de las que pueda derivarse que la encartada se dedicaba al tráfico de drogas. En este sentido, es importante recordar que las compras vigiladas (con independencia de que estén bajo el control de la policía, el Ministerio Público o un Juez) no constituyen delito sino son únicamente medios de prueba. Este tipo de diligencias solamente son útiles en la demostración

de la actividad delictiva cuando se unen a otros elementos, verbigracia, vigilancias o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el sujeto está cometiendo el delito. [...] las compras controladas no son lo que se sanciona en el proceso penal, sino la actividad delictiva que se demuestra con las probanzas existentes, entre la que se incluyen las primeras. En consecuencia, si la acusada no participó en otras compras vigiladas, no existían informaciones de que se estuviese dedicando al tráfico de drogas, no se le decomisó droga el día del allanamiento –contrario a lo que se indica en la sentencia sin fundamento alguno–, no existen elementos probatorios de los que pueda desprenderse que la justiciable Camareno Álvarez se estuviese dedicando a la venta de droga, elementos que pudieran confirmarse con la compra controlada que se realizó el día 27 de julio de 2.001. Lo único que puede sostenerse con esa compra como también con los billetes incautados, es que el día 27 de julio de 2.001 vendió un envoltorio (negociación que como se indicó, constituye un medio de prueba, no un hecho ilícito). Finalmente, aunque se tenía en sus manos un billete que fue utilizado el día 26 de julio para la compra de droga, quien hizo esa transacción fue el encartado Edwin Salas Madrigal. Amén de lo antes expuesto, debe señalarse que aunque esta Sala reconoce que de la compra citada que se realizó el día 27 citado bien podría decirse con algún grado de **probabilidad**, que la encartada vendía droga; contrario a lo estimado por el Tribunal de mérito, no hay una base probatoria suficientemente sólida como para aseverarlo con **certeza**, razón por la que procede **acoger el reclamo** y aplicando el principio *in dubio pro reo*, absolver de toda responsabilidad y pena a Anabelle Camareno Álvarez, por el delito que se le ha venido atribuyendo, en daño de la Salud Pública.

(S 953-03 de las 11:10 hrs. del 24-10-03 de la STC).

3.3 DERECHO A UN JUEZ REGULAR, IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

Afirma Ferrajoli que la elección del modelo de juez está ligada al modelo de juicio por el que se haya optado⁵⁷. Al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador, dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos.

57 Sobre ese tema, puede consultarse el desarrollo que hace Ferrajoli, óp. cit., pp. 575-602.

El juez no puede perseguir ningún interés general ni particular en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, sino solo la averiguación de la verdad en cada causa que conoce, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de los intereses en conflicto, o bien, mediante la aplicación de alguna salida alternativa. El juez está sujeto solo a la ley que es la única fuente de legitimación política y ejerce sus funciones en nombre del pueblo, aunque no obedece a los criterios de la mayoría.

Por tanto, se ha reconocido el derecho a un juez regular o natural, imparcial e independiente, como una garantía que integra el debido proceso y que pretende asegurar al imputado y a las demás partes intervinientes en un caso penal, que este será resuelto con criterios objetivos e imparciales, sin interferencia de terceros ni de intereses ajenos.

La imparcialidad atiende a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa; la independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; la naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio.

Si bien se trata de tres aspectos diversos de la naturaleza imparcial del juez, se encuentran indisolublemente ligados y tienen una misma base normativa.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en el artículo 10:

*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal **independiente e imparcial**, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en el artículo 26, párrafo 2:

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma **imparcial** y pública, a ser juzgada por **tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes** [...].*

En el mismo sentido, el artículo 14, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere que

*[...] toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un **tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.*

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, inciso 1) establece que

*[...] toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un **juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley [...].*

Dadas sus diversas connotaciones, expondremos cada uno de los componentes por separado.

3.3.1 Principio de juez natural o regular

Dicho concepto modernamente atiende a la predeterminación legal del juez. Incluye la necesidad de que este sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias y la prohibición de jueces extraordinarios y especiales. El juez natural es el que debe conocer un proceso en virtud de normas objetivas, de rango constitucional o legal, previamente establecidas. La competencia debe ser fijada, atendiendo a criterios generales, lo que no impide que se creen tribunales relacionados con materias específicas.

Con esta garantía, se pretenden preservar la independencia e imparcialidad del juez. El tribunal que conoce de la causa debe ser el competente para conocer el derecho y debe haber sido nombrado de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Pero además de eso, se requiere que se garanticen su independencia e imparcialidad.

Este principio se encuentra previsto en el artículo 35 de la Constitución Política, al señalar que nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos, de acuerdo con la propia Constitución. Se complementa con lo dispuesto en los artículos 9, 152 y 153 de la Constitución y 10, 48, 49 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los cuales resultan la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de tribunales dependientes del

Poder Judicial. Así con lo previsto en el artículo 39 de la Constitución, respecto del cual, debe entenderse que la autoridad competente es necesariamente la judicial y ordinaria, por cuanto se excluye toda posibilidad de juzgamiento por tribunales especiales para el caso concreto.

El artículo 3 del Código Procesal Penal afirma:

ARTÍCULO 3.- Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley.

La Sala Constitucional ha estimado que si la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes ramas de conocimiento de los tribunales, con base en criterios de materia, gravedad, cuantía, territorio o grado, tanto la jurisdicción como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares:

[...] tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, son parte integrante del debido proceso. Al respecto se señaló:”C) EL DERECHO AL JUEZ REGULAR: Este derecho, que en la tradición anglonorteamericana se ha desarrollado como el llamado “derecho al juez natural”, pero con perfiles muy propios que no corresponden a los de nuestro derecho latino –ya que comprende, por ejemplo el derecho al juez del domicilio y, sobre todo, al juzgamiento por los pares que se expresa, a su vez, en el jurado lego, conceptos que en los sistemas de tradición romano-germánica más bien han producido experiencias negativas–, en nuestra Constitución se recoge especialmente en el artículo 35, según el cual: “Artículo 35 - Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta

Constitución". Este principio, que hemos llamado del "juez regular", se complementa, a su vez, con los de los artículos 9º, 152 y 153 y, en su caso, 10, 48 y 49, de los cuales resulta claramente, como se dijo supra, la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial, así como con el del artículo 39, en el cual debe entenderse que la "autoridad competente" es necesariamente la judicial y ordinaria, esto último porque el 35 transcrito excluye toda posibilidad de juzgamiento por tribunales especiales para el caso o para casos concretos, y porque el 152 y 153 agotan en el ámbito del Poder Judicial toda posibilidad de creación de tribunales "establecidos de acuerdo con esta Constitución", con la única salvedad del Supremo de Elecciones para el contencioso electoral. Si, pues, la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, **territorio y grado, tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha.**" En consecuencia, deberá la Sala consultante, en ejercicio de su competencia específica, determinar, si con respecto a los parámetros señalados para la aplicación de las normas en el tiempo y en el espacio en nuestra legislación penal, se afectó la garantía señalada.

(S 1133-97 de las 11:54 hrs. del 21-02-97 de la SC).

La jurisdicción es la función estatal de administrar justicia, es decir, dirimir los conflictos entre los individuos o entre estos y los poderes públicos, con el fin de imponer el derecho. La facultad de administrar se adquiere con el cargo al que está anexa y se pierde o suspende para todos los efectos, cuando por cualquier motivo, el juez deja de serlo o queda suspendido temporalmente de sus funciones.

En cuanto a la competencia, esta es una característica de la función que se le atribuye al órgano, es decir, la aptitud legal para ejercer la jurisdicción en un proceso específico. Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla. Las diligencias que deba hacer en territorio de otro juez, solo podrán ser practicadas por medio del juez

competente, salvo autorización legal en contrario. El juez solo puede conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando esta le sea legalmente prorrogada o delegada.

En materia penal, las competencias se encuentran establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, del siguiente modo:

ARTÍCULO 56.-La Sala Tercera conocerá:

1. De los recursos de casación y revisión en materia penal, que no sean de competencia del Tribunal de Casación Penal.
2. De las causas penales contra los miembros de los supremos poderes y otros funcionarios equiparados.
3. De los demás asuntos de naturaleza penal que las leyes le atribuyan.

(Así reformado por el artículo 2º de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997).

Artículo 93.- El Tribunal de Casación Penal conocerá:

- 1) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en asuntos de conocimiento del tribunal de juicio integrado por un juez.
- 2) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Si en el mismo proceso se atribuyen otros delitos, además de los antes mencionados, su conocimiento corresponderá al órgano de casación competente para conocer del delito de mayor gravedad.
- 3) En apelación, de las resoluciones que dicten los jueces del tribunal de juicio, cuando la ley acuerde la procedencia del recurso.
- 4) De las apelaciones en asuntos de migración y extranjería que la ley establezca.
- 5) De los impedimentos, las excusas y las recusaciones de sus integrantes propietarios y suplentes.
- 6) De los conflictos de competencia que no deban ser resueltos por los tribunales de juicio.
- 7) De los conflictos suscitados entre juzgados contravencionales y tribunales de juicio.
- 8) De los demás asuntos que se determinen por ley.

(Así reformado por el artículo 4° de la Ley N° 8503 del 28 de abril de 2006)

ARTÍCULO 96.- Los tribunales penales de juicio estarán conformados al menos por cuatro jueces y se integrarán, en cada caso, con tres de ellos, para conocer de los siguientes asuntos:

1. De la fase de juicio, en los procesos seguidos contra personas que a la fecha de los hechos pertenecieron a los Supremos Poderes del Estado, o fueron por delitos sancionados con más de cinco años de prisión, salvo que corresponda el procedimiento abreviado.
2. De la fase de juicio, en procesos contra funcionarios equiparados, pero que en el momento del juzgamiento no ostentan esos cargos.
- (*)3. Del proceso por delitos de injurias y calumnias realizados por los medios de comunicación colectiva. En tal caso, el tribunal nombrará a uno de sus miembros para que ejecute los actos preliminares al juicio.
4. De los impedimentos, las excusas y las recusaciones, de los jueces propietarios y suplentes.
5. De los demás asuntos que se determinen por ley.

(Así reformado por el artículo 4° de la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 de 15 de diciembre de 1997)

Estos tribunales se constituirán con uno solo de sus miembros para conocer:

ARTÍCULO 96 bis.- Los tribunales penales de juicio se constituirán con uno solo de sus miembros, para conocer:

1. Del recurso de apelación contra las resoluciones del juez penal.
2. De los conflictos de competencia surgidos entre juzgados penales de su circunscripción territorial.
3. De las recusaciones rechazadas y de los conflictos surgidos por inhibitorias de los jueces penales.
4. De los juicios por delitos sancionados con penas no privativas de libertad o hasta con un máximo de cinco años de prisión, salvo lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo anterior.
5. De los procesos de extradición.
6. Del procedimiento abreviado.
7. De los demás asuntos que la ley establezca.

En los lugares que no sean asiento de un tribunal de juicio, la Corte podrá disponer el funcionamiento de otras oficinas adscritas a ese

tribunal; estas serán atendidas por el número de jueces necesario, con base en la obligada eficiencia del servicio.

Los jueces de la sede principal y de las oficinas adscritas, podrán sustituirse recíprocamente.

(Así adicionado este artículo por el numeral 9º de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997)

Al juez penal le corresponde:

ARTICULO 107.- Corresponde al juez penal conocer de los actos jurisdiccionales de los procedimientos preparatorio e intermedio, así como del recurso de apelación en materia contravencional.

Se procurará que un mismo funcionario no asuma ambas etapas en un solo proceso, salvo que, por la cantidad de asuntos de los que conoce, el despacho esté integrado por un solo juez.

(Así reformado por el artículo 4º de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997)

En cuanto a los juzgados contravencionales, se establece que estos conocerán en materia penal:

ARTICULO 117.-

En materia penal, los juzgados contravencionales conocerán:

1. De las contravenciones establecidas en el Código Penal.
2. De las faltas de policía y de toda clase de contravenciones y simples infracciones previstas en leyes especiales, excepto las de carácter laboral.
3. De los demás asuntos que indique la ley.

(Así reformado por el artículo 4º de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997)

ARTICULO 118.-

En las circunscripciones en las cuales no exista juzgado penal, el juez contravencional podrá realizar -en casos urgentes- los actos jurisdiccionales del procedimiento preparatorio y, de inmediato y por cualquier medio, lo comunicará al juzgado penal. En esos eventuales supuestos, el juez contravencional actúa por delegación y, el juez penal, deberá tomar las disposiciones necesarias para esa delegación

y respecto del control de las actuaciones; también, de ser necesario, podrá dirigirlas personalmente.

La Corte establecerá cuáles juzgados contravencionales tendrán el recargo de competencia referido en el párrafo anterior.

(Así reformado por el artículo 4º de la Ley de Reorganización Judicial No. 7728 del 15 de diciembre de 1997).

Las reglas sobre competencia están previstas en los artículos 45 y siguientes del Código Procesal Penal. En virtud de lo dispuesto en ese mismo artículo, aun cuando a las autoridades jurisdiccionales se les ha delimitado material y territorialmente su competencia (artículos 107 y 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), a los jueces penales, en virtud de la naturaleza e importancia de los asuntos que deben resolver, se les permite por ley actuar en otros territorios o circunscripciones del país, sin necesidad de que se les autorice para ello y sin que esta situación implique un conflicto de competencias.

En estos supuestos, se está hablando de la función o tarea que realiza de manera directa el juez penal en las causas que a él le competen por ley y que, en tesis de principio, han sucedido o han tenido sus efectos o resultados también en la circunscripción que a él le fue asignada. Es decir, existe una prórroga legal de su competencia territorial en estos casos y no se requiere de una autorización especial.

Además, la normativa procesal prevé la posibilidad de que en ciertas situaciones, sin perder la competencia que le corresponde, el juez puede delegar la realización de determinados actos, diligencias o pruebas, en razón de lo que dispone el numeral 153 del Código Procesal Penal:

Cuando un acto procesal deba ejecutarse por intermedio de otra autoridad, el tribunal o el Ministerio Público podrán encomendarle su cumplimiento.

Esta delegación por supuesto no se realiza, ante cualquier circunstancia o supuesto, es decir, no es cuando al juez penal arbitrariamente decide pedirle u ordenarle a otra autoridad realizar lo que a él le compete. Solo cuando la autoridad judicial competente no pueda ejecutar de manera directa, el acto que se requiere concretar puede delegar su realización en otra autoridad jurisdiccional.

La Sala Tercera de la Corte, en la sentencia 607-03 de las 14:35 hrs. del 24-07-03, señaló que la posibilidad de delegación de la competencia puede darse en los siguientes casos:

*En criterio de esta Sala, esto sería factible que ocurra cuando se esté ante un (1) **impedimento de naturaleza funcional** (v.gr. se está realizando otra diligencia de igual naturaleza e importancia a la que se delega o comisiona) o (2) de **carácter material** (por ejemplo, no cuenta en ese momento con medio de transporte que le permita trasladarse de inmediato al lugar de los hechos; el sitio en el que se debe ejecutar el acto se encuentra a gran distancia - ya sea dentro o fuera de otra jurisdicción - y debido al tiempo que necesita para llegar, dicha tardanza puede afectar los resultados de la investigación; o bien, en ese momento la autoridad competente sufre de alguna clase de padecimiento físico o de salud que le impide actuar o diligenciar lo ordenado o solicitado en ese instante). **La idea fundamental, conforme lo decidió el legislador al aprobar esta normativa, es que los juzgados o tribunales competentes en materia penal realicen siempre en forma directa todas las tareas que a ellos les corresponde y, solo por excepción, cuando a ellos les resulte funcional o materialmente imposible hacerlo, delegue, ordene, o bien, “comisione” la ejecución del acto o diligencia en otra autoridad.** De no cumplirse con lo anterior, las diligencias que se practiquen estarían comprometiendo las garantías procesales que han sido reconocidas legal y constitucionalmente, como lo serían, a modo de ejemplo, el **principio de juez natural** y el de **seguridad jurídica**. Esto acarrearía a la vez la nulidad de todo lo actuado en virtud de que constituiría un defecto procesal absoluto, de acuerdo con lo que disponen los numerales 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este último al indicar que: **“Salvo disposición legal en contrario, todos los actos y procedimientos judiciales de quien no tiene facultad legal para ejecutarlos, serán absolutamente nulos.***

Asimismo, en la misma sentencia señaló que

[...] la única posibilidad en la que se admite que un Juez puede realizar diligencias correspondientes a las del procedimiento preparatorio,

es decir, que puede actuar como Juez Penal, lo es propiamente la hipótesis que contiene el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues en éste se faculta, de manera excepcional, solo a los Jueces Contravencionales para ello (lo que no se aplica en la especie). Sobre esta última posibilidad, pueden verse además la **Circular 13-97**, en la que concretamente se comunica el acuerdo que tomó la Corte Plena en Sesión No. 43-97 del 22 de diciembre de 1997, delimitando las tareas de los Jueces Contravencionales para recibir denuncias y diligenciar solo en los casos urgentes la prueba que corresponde a la etapa preparatoria; la **Circular No. 79-2000**, referente al acuerdo del Consejo Superior de sesión No. 51-2000 del 4 de julio de 2000, en donde se acoge el “Informe” rendido por la Comisión de Asuntos Penales en términos semejantes a la anterior circular, o sea, que los Juzgados Contravencionales solo pueden actuar como Juzgados Penales en casos urgentes, debiendo luego comunicar de inmediato a estos últimos lo sucedido; y por último la **Circular No. 113-2002** en la que se reitera lo dispuesto en la Circular 79-2000; además, puede verse lo resuelto por esta Sala en el **voto número 874** de las 9:20 horas del 6 de setiembre de 2002. En otras palabras, de lo dispuesto en el artículo 118 referido, en relación con lo que se deriva de las circulares de cita, el legislador previó la posibilidad de que **(1)** los Juzgados Contravencionales realicen diligencias propias de los Juzgados Penales cuando se esté ante casos en los que exista un **“motivo de urgencia”**, o sea, no en cualquier supuesto. De tal suerte que, en estas supuestos podrá, entre otras cosas, recibir denuncias, realizar allanamientos, reconocimientos, secuestros, decomisos, anticipos jurisdiccionales de prueba y otros actos probatorios; lo mismo que atender asuntos de reos presos y decidir sobre su libertad o la aplicación de cualquier otra medida cautelar que estime pertinente, sin necesidad de que le sea delegada tal atribución, claro está, siempre que medie - como se dijo - una razón urgente para ello (así Circular **No. 13-97**). De igual forma, **(2)** en aquellas circunstancias en las que el Juez Contravencional se encuentra **“disponible o de turno”**, de acuerdo con la distribución que al respecto se presenta en ciertas jurisdicciones (párrafo segundo del artículo 118 *ibidem*), también podrá realizar todos los actos que corresponda a un Juez Penal, como son los que se citan en el punto anterior **(1)**, en el entendido de que luego de finalizados los mismos **“[...] deberán remitirse todas las actuaciones al Juez**

Correspondiente, para que controle las medidas adoptadas y asuma la competencia” (así Circulares No. 79-2000 y No. 113-2002). Finalmente, (3) también de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero esencialmente de lo que se prevé en los artículos 278 y 284 del Código Procesal Penal, se admite la posibilidad de que el Juez Contravencional pueda recibir denuncias penales en todos aquellos casos en los que no existan oficinas del Ministerio Público o del Organismo de Investigación Judicial en la circunscripción que le fue asignada o actúa, sin embargo **“de inmediato y por la vía más expedita (facsimil, telegrama, telefonema, etc), lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público”** (ver al respecto la Circular No. 13-97).

(Sobre el mismo tema, pueden consultarse las sentencias 240-03 de las 10: 00 hrs. del 9-4-03 y 322-04 de las 9:20 hrs. del 2-4-04 de la Sala Tercera de la Corte).

También ha establecido la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, la necesidad de que el nombramiento del juez se ajuste a los requisitos que establece la ley. En este caso, se alude particularmente a la necesidad de que el juez ostente la condición de abogado:

*[...] la persona designada como Jueza no cumplía con uno de los requisitos objetivos y esenciales para desempeñar tal cargo, y esa situación no puede pasar desapercibida por esta autoridad, porque constituye un defecto absoluto, que no tiene forma de subsanarse ni ha quedado convalidado. El numeral 178 del Código Procesal Penal, establece: “**Defectos absolutos.** No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes: [...] b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales [...]”. La resolución que dispuso allanar la vivienda, base de la prueba recabada que incrimina al acusado, fue dictada por la señora Lidiette Alvarado Arrieta, y con la documental admitida, se ha demostrado que esa persona el pasado cinco de marzo de mil novecientos noventa y ocho, ejerció funciones como Jueza Contravencional de Naranjo (ver folio 140), mas no aparece inscrita como abogada (ver certificación del Colegio de Abogados de folio 148), situación que ella misma admitió en el debate, al indicar sus calidades. Se evidencia así un error absoluto*

en el nombramiento de esa persona como Jueza Contravencional, porque si bien formalmente aparece nombrada para ocupar el cargo, se ha acreditado que no contaba en ese momento con la calidad de abogada, y esa situación produjo un menoscabo al principio del juez natural (juez ordinario o predeterminado por la ley) y al derecho de defensa. Si bien normalmente se hace referencia al principio de juez natural, como aquel derecho que tiene todo ciudadano de ser juzgado por un juez ordinario, previamente constituido como tal, no puede limitarse el contenido de ese principio a esa situación, porque éste exige además, que la persona que ocupa el cargo, cumpla los requisitos mínimos esenciales, y entre ellos se encuentra la calidad de abogado. La abogacía es una disciplina científica que se aprende en la universidad, y es indispensable para ejercer las funciones de juez, máxime que debe ponderar cuándo nos encontramos frente a los casos en que la Constitución y la Ley autorizan excepcionar derechos fundamentales a los ciudadanos, como resultan ser la privacidad y la inviolabilidad del domicilio. El ejercicio de la actividad jurisdiccional requiere de una persona letrada, con los conocimientos jurídicos y la capacidad necesaria para decidir sobre las pretensiones que le formulen las partes. En relación con el principio referido, apunta RAMOS MENDEZ: **“La garantía no solo afecta las reglas de la jurisdicción y competencia. De suyo, cualquier actividad jurisdiccional tiene que estar inspirada por tal máxima constitucional. Ello vale tanto para una consideración estática del órgano jurisdiccional (el personal que lo integra, su composición, las suplencias, etc.) cuanto para lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción [...] El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley [...] exige en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta la haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial [...] Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esa forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta –y que se recoge expresamente con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]**

garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse” (El Proceso Penal. Tercera lectura constitucional. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, p. 73). Y es que el resguardo de los derechos fundamentales no se asegura con solo la intervención de una persona nombrada como juez –como parte de la doctrina lo sostiene, amparándose en una presunción de legalidad del nombramiento y exigiendo su previa nulidad en vía administrativa para reclamar el motivo–. En un Estado de Derecho, debe exigirse que la persona que ha actuado en calidad de juez, cumpla con los requisitos legales, porque solo eso asegura, al menos medianamente, que su actuación va a ser ajustada a derecho. Afirma CLARÍA OLMEDO: **“Se llama juez natural, al juez de la Constitución; es decir el designado conforme a las normas y a las garantías constitucionales. No actúa como “juez natural” el que lo hace sin reunir las condiciones impuestas por estas normas aseguradas de la función judicial del Estado y de las leyes que en su consecuencia se dicten para el efectivo y correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano predeterminado”** (Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar S.A. Editores, p.237). La importancia de exigir al juzgador la calidad de abogado, es tal porque asegura objetivamente, que la decisión se tomará al amparo de la ley. La función jurisdiccional permite darle contenido a la norma –abstracta por característica–, y exige un juicio valorativo entre el supuesto de la norma y el conflicto presentado, para lo que se debe meditar sobre la situación y encontrar una solución precisa, legal, equitativa y ajustada al principio de proporcionalidad y razonabilidad. El principio de legalidad rige la función jurisdiccional, y si el juez solo puede hacer lo que la ley le permite, el conocimiento científico de la misma es requisito esencial. Los principios del debido proceso, juez natural, juicio previo e inviolabilidad de la defensa, constituyen una garantía de justicia, y aseguran la estabilidad del orden jurídico. El principio de juez natural cumple un papel esencial en el derecho penal y procesal penal, máxime que en la fase de investigación, el juez penal no puede intervenir de oficio, y tiene como función decidir motivadamente, sobre la viabilidad o el fundamento de las pretensiones jurídicas deducidas por las partes. Solo la resolución por parte de un profesional en derecho,

asegura la actuación efectiva de la ley y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. La potestad decisoria es compleja y su trascendencia está en los efectos que puede producir, por esa razón, como defecto absoluto califica el legislador, los defectos concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces.

(Sentencia 246-00 de las 9:50 hrs. del 3-3-00 de la Sala Tercera de la Corte).

El Tribunal de Casación Penal ha señalado que se presenta un vicio absoluto, cuando un tribunal unipersonal conoce asuntos que deberían ser conocidos por un tribunal colegiado:

El incumplimiento del artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial está contemplado como un vicio absoluto por el artículo 178 del Código Procesal Penal, en el tanto que existe un defecto en relación con la constitución del tribunal encargado de resolver lo que corresponde. El punto ha sido objeto de conocimiento por este Tribunal, al establecerse “[...]debiéndose conocer la presente causa por un tribunal colegiado, ya que se trata de supuestas injurias, calumnias y difamación expresadas en un medio de comunicación colectivo, el asunto se conoció y falló por tribunal unipersonal, a saber, el Licenciado [...], Juez único del Tribunal Penal de Heredia. Lo anterior transgrede los principios constitucionales contemplados en los numerales 39, 41 y 36 de la Carta Magna, 8.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 9.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referidos al debido proceso y al derecho a juez natural. De igual manera han sido violentados los artículos 175 y 178 inciso b) del Código Procesal Penal, atinentes a la actividad procesal defectuosa y a los defectos absolutos observables aun de oficio. Asimismo, conforme los artículos 56 inciso 1°, 93 inciso 1° y 96 inciso 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde precisamente a un Tribunal colegiado el conocimiento y determinación de delitos contra el honor que hayan sido cometidos en un medio de comunicación colectivo, como es el caso, un periódico impreso, con circulación local. Corresponde en consecuencia declarar de oficio la ineficacia de la sentencia [...] dictada en el Tribunal Penal de Juicio [...] ordenándose la remisión a la oficina de origen para lo que en derecho corresponde [...]” (Voto 2001-

674, de las 11:10 horas del 31 de agosto del 2001). El caso citado presenta en defecto similar al que se observa en este proceso, es decir, la decisión es tomada por un juez unipersonal, en una materia que está reservada a un Tribunal colegiado, lo que evidentemente viola las norma de competencia fijada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, vicio absoluto que debe apreciarse de oficio. Por lo anterior se declara la ineficacia de la sentencia recurrida y se ordena el reenvío a efecto de que se resuelva lo que corresponde.

(Sentencia 923-01 de las 9:08 hrs. del 16-11-01 del Tribunal de Casación Penal).

3.3.3 Principio de imparcialidad

En virtud del principio de imparcialidad, el juez debe mantenerse ajeno a los dos intereses contrapuestos en el juicio: el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación y el de la tutela frente a la sanción penal, representada por la defensa. La imparcialidad debe ser, tanto personal como institucional. No debe tener ningún interés privado o personal en el resultado de la causa. Tampoco debe tener ningún interés público o institucional. En este último sentido, se señala que el juez no debe tener funciones acusatorias.

El artículo 6 del Código Procesal Penal refiere que los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento. En razón de este principio, el juez debe apartarse o puede ser recusado, en caso de que tenga algún vínculo con el caso concreto o alguna persona cercana a él, ya sea un familiar o amigo íntimo. De manera que existe no solo el derecho de pedir la separación del juez, sino también la obligación de este de inhibirse de oficio.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece prohibiciones e incompatibilidades que atienden al ejercicio objetivo e imparcial de la Administración de Justicia⁵⁸.

58 Al respecto pueden consultarse los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 55 del Código Procesal Penal prevé los siguientes motivos de excusa:

Artículo 55.- Motivos de excusa

El juez deberá excusarse de conocer en la causa:

- a) Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar el auto de apertura a juicio o la sentencia, o hubiera intervenido como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o hubiera actuado como perito, consultor técnico o conociera del hecho investigado como testigo, o tenga interés directo en el proceso.
- b) Si es cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad, de algún interesado, o este viva o haya vivido a su cargo.
- c) Si es o ha sido tutor o curador, o ha estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.
- d) Cuando él, su cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, padres o hijos, tengan un juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.
- e) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se trate de bancos del Sistema Bancario Nacional.
- f) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante o acusador de alguno de los interesados, hubiera sido denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos.
- g) Si ha dado consejos o manifestado extra-judicialmente su opinión sobre el proceso.
- h) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.
- i) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o reciban beneficios de importancia de alguno de los interesados o si, después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor.
- j) Cuando en la causa hubiera intervenido o intervenga, como juez,

algún pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad. Para los fines de este artículo, se consideran interesados el imputado, el damnificado, la víctima y el demandado civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte; también, sus representantes, defensores o mandatarios.

Las partes pueden recusar al juez o al representante del Ministerio Público, cuando estimen que concurre en él alguna causal por la que debió excusarse. Para ello, deberán indicar por escrito, bajo pena de inadmisibilidad, los elementos donde se funda y los elementos de prueba pertinentes, en el plazo de 24 horas, cuando son conocidos los motivos.

Según ha considerado la Sala Constitucional, estas causales no son taxativas, sino que pueden alegarse otras circunstancias que incidan en la imparcialidad del juez, en aplicación directa de los instrumentos del derecho internacional:

Este Tribunal ha señalado que las causales de excusa y recusación que contempla el Código Procesal Penal no pueden interpretarse en forma taxativa y que resulta de aplicación en forma directa el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley: “I. Reclama el accionante que a pesar de que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla el derecho del imputado de ser juzgado por un juez imparcial, el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales omite incluir dentro de su lista de causales de inhibición o recusación, la referida a la parcialidad del Juez, con lo que impide al imputado el ejercicio de un derecho fundamental.— De la lectura del texto cuestionado se observa efectivamente que no existe una causal específica que cubra casos de sospecha de parcialidad como el que se reclama, sin embargo, esta Sala no detecta el carácter excluyente —en relación con otras causales distintas de las enlistadas— que el accionante pretende asignarle a la norma jurídica que se impugna en esta acción.— En realidad, el artículo 29 cuestionado solamente establece un listado de causales por las cuales procede la inhibición del juez, pero no regula nada referente a exclusividad o taxatividad, es decir, no contiene ninguna regla prohibitiva

o impeditiva en relación con el accionante.— Lo anterior resulta de suma importancia porque la simple omisión atribuida a una norma jurídica (tal y como la que reclama el accionante) no tiene la virtud —por sí misma— de servir de impedimento para el ejercicio de un derecho fundamental, pues en tal caso, lo que procede es la aplicación directa por parte del Juez, de la norma de mayor rango, en este caso, el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, del que se deriva —en el citado aspecto de la imparcialidad— una regla procesal clara y precisa sobre la imparcialidad que debe ostentar el juez.— II. Así las cosas, se concluye que la simple omisión del artículo 29 del Código de Procedimientos Penales no contradice por sí misma, la disposición del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos ni los artículos 11, 39 y 41 constitucionales, de manera que lo procedente es rechazar por el fondo la acción planteada en tal aspecto y de plano en lo demás, según se explicó en el primer considerando.” (Sentencia 1997-07531 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete) [Se transcribe además parcialmente la sentencia 1998-04727 de las nueve horas veintisiete minutos del tres de julio de mil novecientos noventa y ocho, que tiene el mismo contenido] **IV.- Sobre la norma impugnada.** En el caso de la norma que se impugna, el legislador estableció supuestos en los que obligatoriamente el juez “deberá excusarse”, contemplando como uno de los motivos el objetado por el accionante. No obstante, nada impide que la parte que se siente perjudicada en sus derechos, formule una recusación por razones distintas de las previstas en dicha norma, dado que, conforme ha considerado esta Sala, no se trata de una lista exhaustiva, “*numerus clausus*”, sino que pueden estimarse circunstancias distintas que en el caso concreto sean susceptibles de lesionar el principio constitucional de imparcialidad del juez. La norma impugnada no resulta entonces inconstitucional siempre y cuando se interprete extensivamente, lo cual no podrá determinarse a priori, sino que deberá ser valorado frente a cada supuesto en particular.

(S 219-06 de las 15:57 hrs. del 18-01-06 de la SC).

Así lo ha considerado la Sala Tercera de la Corte, al señalar que a pesar de que determinadas actuaciones no estén contempladas en la ley como causales de excusa, en todos aquellos casos en que se presente una circunstancia, situación

o hecho específico que pueda eventualmente afectar el principio de imparcialidad, los fiscales y jueces pueden excusarse de seguir conociendo la causa que tramitan. Incluso, si no lo hacen de manera libre o espontánea, los otros intervinientes estarían facultados para interponer la recusación respectiva.

De esta manera, si alguno de los integrantes del tribunal, por alguna razón, conoció o tuvo alguna participación directa en los hechos históricos que se someten a su conocimiento, se debe inhibir de inmediato o, en su defecto, puede ser recusado por quienes tengan derecho o interés en hacerlo, cada vez que esta circunstancia pueda afectar o incidir en la imparcialidad u objetividad con la que se impone que realice su función.

Claro está, debe acreditarse que en efecto la imparcialidad u objetividad de los juzgadores resulta afectada, tal y como sucede en aquellos casos en los que uno de los juzgadores participó activamente en la búsqueda o constitución de la prueba que luego debe valorar, a fin de determinar la existencia del delito que se investiga y la responsabilidad de sus autores.

Lo mismo sucede en todos aquellos otros casos donde se cuestiona la ilicitud de la prueba, en la cual como juez, el juez ha sido testigo al momento de su producción, recolección o hallazgo. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias 256-03 de las 10:50 hrs. del 25-4-03; 489-04 de las 11:12 hrs. del 14-05-04; 256-05 de las 8:45 hrs. del 8-04-05, todas de la STC).

Al referirnos al tema del juez imparcial, resulta imprescindible traer a colación, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004, dictada en contra de Costa Rica en el caso del periodista Mauricio Herrera, la cual estableció:

[...] la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete [...] La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que

los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.

En este proceso, se alegó que la Sala de Casación Penal conoció en dos oportunidades del recurso de casación interpuesto en una misma causa con la misma integración, lo cual a juicio de los denunciantes, vulneraba el principio de imparcialidad del juez, tesis que fue acogida por la Corte.

Con anterioridad a este fallo de la Corte Interamericana, la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal señalaba que cuando se anulaba parcialmente la sentencia, por ejemplo, en lo referente a la fundamentación de la pena o en relación con la acción civil resarcitoria, debían conocer los mismos jueces que habían dictado la sentencia parcialmente anulada. (Sentencias 14276-04 de las 8:35 hrs. del 17-12-04 de la SC; 243-00 y 1069-01 del TCP y 260-F-93; 347-F-95, 892-00 y 1178-00 de la STC).

Ese criterio se modificó a partir de dicho fallo, según se aprecia en la sentencia que se transcribe parcialmente:

[...] Para la Sala, el principio del juez imparcial tiene una trascendencia fundamental para el correcto ejercicio del poder punitivo en un Estado de Derecho, al respecto se ha considerado que: “[...]En la base de todo orden procesal está el principio y, con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado -declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-; lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes, especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación (sentencia número 01739-92). Igualmente, en la sentencia 2250-96 de las quince horas treinta minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis, se indicó: II.- En el caso concreto, se denuncia la parcialidad de los jueces que intervinieron en el debate que concluyó con la condena del imputado por el delito de

desacato y se señala que ese defecto es de tal gravedad, que afecta el derecho al debido proceso que tienen los administrados que son sometidos a un proceso penal en calidad de imputados. No se requiere mayor elaboración para establecer que, en efecto, uno de los requisitos fundamentales de cualquier proceso penal, es la imparcialidad del funcionario encargado de decidir, según lo establece de forma explícita el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella [...]”. A esto debe agregarse que no podría concebirse un sistema procesal penal como el vigente en este país, pleno de garantías para el imputado y que gira alrededor de la figura del Juez como encargado de hacer valer tales garantías, si no existiera posibilidad de asegurar la imparcialidad del citado funcionario para ponerlo en práctica. Esto resulta suficiente para concluir que incuestionablemente el derecho de que el caso sea decidido por un juez imparcial, forma parte del debido proceso.” **III.-** En este caso, los dos aspectos reclamados tienen relación con el principio de imparcialidad del juez: la primera queja señala que dos de los tres jueces que participaron en el debate y decidieron el caso en sentencia, tuvieron participación anterior en el proceso, realizando gestiones de tramitación, que los hace sospechosos de haber perdido la imparcialidad. Al respecto, cabe indicar que nuestro proceso penal actual ha sido diseñado de modo que los diferentes juzgadores que intervienen, se mantengan del todo separados de los contrapuestos intereses que entran en conflicto, y que se hallan representados por el Ministerio Público y el querellante, como entes acusadores y por el imputado y los querellados como acusados y demandados. Se abandonaron del todo los resabios de la figura del juez inquisidor, que se conservaban en el Código de Procedimientos Penales anterior, para optar por una clara y tajante división de labores en el ejercicio del poder sancionatorio penal del Estado. Con ese fundamento, cabe señalar que las intervenciones del juez que puedan calificarse de mero trámite, no tiene por objeto la promoción del ejercicio de la acción penal en contra del imputado ni menos aún la toma de posición jurídica sobre su culpabilidad, sino que, por el contrario, está concebida como la participación de un

funcionario público para llevar adelante el rito establecido como instrumentación de los diferentes derechos tanto del Estado como del acusado. El accionante señala que le parece incorrecto que el juez que ha intervenido emitiendo resoluciones de trámite cuando el asunto está en la etapa de juicio, sea el mismo que atienda el debate y resuelva en sentencia. Pero debe notarse que con la realización de todas estas actividades, el juez no ha perdido ni puesto en peligro su imparcialidad, pues sigue siendo neutral frente a las opuestas pretensiones del Ministerio Público y el imputado; el hecho de que tome contacto eventual con elementos de prueba, que los valore y sopesa a efectos meramente de ordenar el curso del expediente, no implica de forma necesaria una pérdida de la imparcialidad exigida en el momento ulterior decidir si el ciudadano sometido a proceso es autor responsable del delito que se le acusa, en atención a los estrictos términos constitucionales y legales. Lo que parece ocurrir es que el petente da por un hecho que la intervención del Juez, y su contacto con la realidad histórica de los hechos a través del trámite del caso, traerá invariablemente un resultado negativo para él, pero obviamente esto no tiene porqué ser así. Como se tiene dicho, el juez que emite sentencia tiene una obligación de valorar todos los elementos de juicio, favorables y desfavorables para tomar la decisión que legalmente proceda. **IV.-** En esa misma línea de pensamiento se ubica la reciente sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema y que trae a colación el órgano consultante. En ese fallo (*Herrera Ulloa versus Costa Rica*) el órgano jurisdiccional recién citado afirmó lo siguiente [...] 170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso (119). 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial

es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. 172. Como ha quedado probado, en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico “La Nación”, y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohrmoser, respectivamente (supra párr. 95. y). 173. Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, *inter alia*, “la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)” (supra párr. 95. s). 174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 **porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma.** 175. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.” En conclusión, respecto al primer aspecto reclamado, esta Sala, de conformidad con sus antecedentes

y con atención a lo recientemente expuesto por la Corte Interamericana sobre el punto, concluye que no se viola el debido proceso cuando los jueces que emitieron sentencia han participado en la simple tramitación del expediente judicial, como parte justamente de los pasos legislativamente establecidos para llevarlo hasta debate. De la lectura del expediente se concluya que el Juez Rodríguez Recia, a folio 113 dispuso devolver el expediente al Tribunal del Procedimiento intermedio para que se pronunciara sobre la solicitud del abogado defensor del imputado para que el debate se realizara en dos fases; a folio 364 el Juez Ulfrán Corrales Jiménez fijó nueva fecha para realizar el debate, a folio 390 nuevamente fijó fecha para realizar el debate, lo que también hizo a folio 399 y al folio 437, ambos juzgadores, con el también juez Alfredo Madriz Araya, declararon sin lugar una revocatoria solicitada por el defensor Mora Guevara, contra una resolución tomada en el transcurso de la audiencia pública. Como se ve, toda la actuación de los jueces Rodríguez Recia y Corrales Jiménez fue durante la fase de juicio oral, a efecto de hacer posible la celebración de la audiencia, sin que en ningún caso se adelantara criterio respecto de los temas a resolver a sentencia. V.- Diferente es lo que sucede con el segundo de los puntos objeto de reclamo, a saber, que varios de los Magistrados de la Sala Tercera que participaron en la anulación de la primera sentencia condenatoria, también lo hicieron cuando el órgano de casación conoció y desestimó el recurso planteado contra la segunda sentencia que condenó al imputado. Al respecto –y como se aprecia de la simple confrontación de textos- la situación de hecho es muy similar a la que dio origen al pronunciamiento recién citado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Herrera Ulloa versus Costa Rica*) [...] en el caso del recurrente podría haberse configurado una infracción al derecho a un juez imparcial y por ende una lesión a su derecho al debido proceso si –como lo señala la Corte Interamericana- se lograra determinar la existencia de elementos de juicio suficientes que hagan concluir que los Magistrados que participaron en la primera decisión analizaron aspectos relativos al fondo del asunto y no sólo sobre la forma del mismo, de modo tal que su imparcialidad se haya visto afectada al momento de conocer y pronunciarse sobre la segunda sentencia condenatoria contra el recurrente, todo lo cual deberá verificar entonces el órgano consultante al conocer el caso concreto.

(S 4375-05 de las 14:54 hrs. del 21-04-05 de la SC. En igual sentido, las sentencias 5301-05 de las 14:58 hrs. del 4-5-05 y 6045-08 de las 16:12 hrs. del 16-04-08 de la misma sala).

De manera que actualmente lo que decide, si un juez puede o no conocer de un asunto, es si anteriormente había dictado alguna resolución que tuviera que ver con el fondo del asunto, y es irrelevante en el caso de que hubiera resuelto aspectos de mero trámite. Esto deberá establecerse entonces en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias particulares.

Tanto la Sala Tercera de la Corte, como el Tribunal de Casación Penal han señalado que, en los casos en que se disponga un reenvío en virtud de una nulidad parcial de la sentencia, para que el pronunciamiento sea imparcial, se requiere que los jueces que resuelvan no tengan una idea preconcebida de la causa o hayan conocido previamente los hechos. Por eso, dentro de las posibilidades numéricas existentes, debe proveerse a la integración de un nuevo tribunal que resuelva los asuntos que, en su integridad o parcialmente, vuelven a la misma sede. (Al respecto pueden consultarse las sentencias 14030-05; 482-05; 483-05; 475-05; 1522-05 y 827-06 todas de la STC, y las sentencias 674-04 de las 9:50 hrs. del 8-7-04; 115-05 de las 9:50 hrs. del 23-02-05; 806-05 de las 9:22 hrs. del 25-08-05; 886-05 de las 10:20 hrs. del 8-09-05; 800-05 de las 8:35 hrs. del 25-08-05 y 806-05 de las 9:22 hrs. del 25-8-05 del TCP).

Además, se ha resuelto que la sola participación en otras etapas del proceso no significa ni implica que un juzgador deba inhibirse o pueda ser recusado de intervenir, integrando el tribunal de juicio, pues a tales efectos, debe ponderarse cuál fue la naturaleza de su intervención en cada supuesto. (S 1453-05 de las 16:30 hrs. del 14-12-05 de la STC).

En varios casos donde uno o varios integrantes del tribunal hayan acordado con anterioridad la prisión preventiva del imputado, se ha establecido que se vulneran los principios de imparcialidad y objetividad. Sin embargo, esto no es una regla general, sino que dependerá del contenido de la resolución que dicta la prisión preventiva:

[...] al imponer medidas cautelares, los jueces deben asegurar que la resolución esté sólidamente fundamentada (sobre todo si se trata de la más drástica de ellas: la prisión preventiva), pero sin pasar por alto

que se trata de un proveído de transición en el proceso, durante el cual el imputado conserva su estado inocencia y que sólo viene a menos cuando existe una sentencia en firme que así lo declara. Por eso, al motivar esas resoluciones intermedias o precautorias, es menester dejar en claro que no se prejuzga sobre la responsabilidad o autoría que pueda tener el justiciable sobre los hechos investigados, lo cual quedará para el fallo de rigor, sino que la medida obedece a una de las circunstancias que, de conformidad con la legislación procesal penal, autorizan su imposición, siempre y cuando exista la probabilidad razonable de que haya participado en la acción que se investiga. Lo anterior, principalmente en observancia del principio de inocencia constitucionalmente postulado, pero también para evitar situaciones como la presente, en la que, sin lugar a discusión, el Juez Barrantes Bosque ya había manifestado su convicción sobre la intervención de Arias Montero en el hecho delictivo que se le atribuía. En efecto, como puede comprobarse con vista en el folio 42 del legajo de medidas cautelares, ese Juzgador, aunque matizando su afirmación con la frase: “[...]con un alto grado de probabilidad”, dice que “se arriba al convencimiento... sobre la presunta participación del imputado Arias Montero en el hecho delictuoso que se le atribuye”, lo cual no deja lugar a dudas sobre que alberga un criterio ya formado en cuanto al tema primario de la causa, por lo que no podía asumir el debate oral libre de prejuicio. Siendo así, su participación posterior en el Tribunal de Juicio violentaba seriamente el principio de imparcialidad que debe presidir la constitución y actuación de ese órgano.

(S 413-06 de las 10:00 hrs. del 12-05-06 de la STC. Sobre el mismo tema, consúltense las sentencias 235-06 de las 14:40 hrs. del 27-03-06; 1146-05 de las 9:20 hrs. del 10-10-05; 627-02 de las 8:55 hrs. del 28-06-02; 1453-05 de las 16:30 hrs. del 14-12-05; 1271-06 de las 9:30 hrs. del 15-12-06; 1437-07 de las 10:20 hrs. del 12-12-07; 1470-07 de las 17:00 hrs. del 12-12-07; 344-07 de las 10:00 hrs. del 13-04-07 de la misma sala, así como las sentencias 589-05 de las 9:47 hrs. del 23-06-05 y 781-01 de las 9:55 hrs. del 5-10-01 del TCP).

También sucede en aquellos casos donde el juez participó en diligencias de allanamiento, dependiendo de si dictó la resolución que ordenaba el allanamiento y cuál era el criterio que se consignó en la misma, o si solo participó propiamente en el operativo (S 1453-05 de las 16:30 hrs. del 14-12-05 de la STC). Un ejemplo de ello,

lo constituye la sentencia 144-06 de las 10:20 hrs. del 22-02-06 de la STC, donde se anuló el fallo recurrido y se ordenó el reenvío para nueva sustanciación:

[...] al estudiar la causa cuya revisión solicita la sentenciada, la Sala percibe un serio defecto que incide en la imparcialidad que pudo haber tenido el Tribunal juzgador y que representa una irregularidad en su constitución, lo cual a tenor del inciso b) del artículo 178 del Código Procesal Penal, es de carácter absoluto y amerita la nulidad del mencionado fallo sancionatorio. Efectivamente, como puede comprobarse con vista a los folios 9-10 y 17, el juez G.R.F. fue quien efectuó el marcaje de los billetes a emplear en el operativo policial que conduciría al allanamiento de la vivienda de Montero Castro, el cual autorizó y tuvo a su cargo, siendo él mismo con posterioridad uno de los integrantes del tribunal juzgador (folio 157). Esto claramente violenta la imparcialidad que debe tener el juez a la hora de resolver un caso, pues es indiscutible que quien ha ordenado y dirigido parte de la investigación y la consecución de prueba, por muy alta que sea su honestidad intelectual, estará psicológicamente comprometido por sus propias actuaciones y los resultados. En consecuencia, de modo directo se estaría infringiendo el debido proceso, pues uno de sus componentes es la objetividad y el respeto al principio de inocencia de quien se enfrenta al juicio oral.

En el mismo sentido, el TCP se pronunció en la sentencia 781-01 de las 9:55 hrs. del 5-10-01:

[...] se observa que la Jueza A.J.C., es quien dicta la sentencia condenatoria objeto de impugnación, cuando ella misma participó en varios actos de la investigación, como jueza de garantías, en la etapa preparatoria, así: autorizó y dirigió el allanamiento practicado en casa del imputado Sánchez Chaves, donde se dice que también vivía la encartada Roxana García Villalobos, y se decomisa drogas, romana, dinero, joyas, folios 301 a 305, lo que sirvió de sustento a la acusación, y a la sentencia recaída a través del procedimiento abreviado. Asimismo, confecciona dicha jueza la marcación de billetes para la realización de compras de drogas por un informante, folios 292, 293, las requisas previa y posterior a la compra, folios 294 y 295, el allanamiento que consta a folio 297, orden de allanamiento de

folios 298 a 300, y de 306 a 307. Al haber actuado en dicha etapa la jueza Jarquín Coto, ejerciendo el control jurisdiccional con respecto a ciertas pruebas, autorizando, realizando y presenciando actos de la investigación, como los mencionados, de los que se obtuvo elementos probatorios para sustentar la acusación en contra de los encartados, su actuación se asemeja a la de un testigo, si bien lo es en virtud del cargo, y aunque no se prevea en forma expresa su deber de excusarse de fallar la causa, no es posible admitir, en virtud del principio de imparcialidad del juzgador, que dicte sentencia en el mismo proceso. Nótese que cuando se trata de las etapas preparatoria e intermedia, Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 107, dispone que se procurara que en ambas etapas no sean asumidas por un mismo funcionario en un proceso. Y aunque no se regula en igual forma respecto a dichos jueces y el de la etapa de juicio, pues el art. 55 del cpp se refiere solo a quien ha dictado el auto de apertura a juicio, es claro que ello obedece a que en el Código Procesal Penal de 1996, la investigación se acuerda al Ministerio Público, y el juez solo en forma excepcional ejerce esa función, art. 277 cpp, de ahí que no se previera en forma expresa la excusa en tal sentido, sin embargo, es claro que la estructura del proceso penal garantista parte de la concepción de que quien investiga, o participa en la etapa de investigación como juez, no debe ser juez en la etapa decisoria sobre la acusación, de ahí la existencia del artículo 107 de la Ley Orgánica, aludido. Con mayor razón no sería admisible que el juez que participó en la etapa de investigación, en actos como los mencionados, luego falle el asunto, máxime en causas por tráfico de estupefacientes, en los que la investigación está inmersa en los hechos históricos constitutivos del delito, y el mismo decomiso de drogas vinculado con la acción típica de posesión de las mismas; además, aunque dicha jueza no toma la decisión de apertura a juicio, la misma autorización del allanamiento en casa de los imputados implica una valoración de la existencia de indicios de la comisión del delito. Por ello, por haberse afectado la exigencia de imparcialidad del juez, conforme a los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 14 .1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 107 de la Ley Orgánica, 1, 2, 55 inciso a), 6, 178 inciso b), del Código Procesal Penal, procede declarar con lugar el recurso de casación.

En un caso presentado al Tribunal de Casación, este anuló de oficio la sentencia por cuanto advirtió que la jueza de juicio era la misma que intervino en la etapa preparatoria, lo cual, si bien *per se* no impedía su intervención, en ese supuesto sí lo hacía, porque al resolver una solicitud de restablecimiento de las cosas al estado anterior, asumió el cuadro fáctico que la fiscalía le planteó en la acusación (S 474-06 de las 10:05 hrs. del 19-05-06 del TCP).

En la sentencia 642-03 de las 16:00 hrs. del 31-07-03, la Sala Tercera de la Corte señaló que el hecho de que un juez participara en una audiencia de conciliación en la etapa preliminar no era motivo de excusa, porque no se discutía sobre la veracidad de los hechos ni se recibía prueba alguna al respecto:

La audiencia de conciliación, como su nombre lo indica, tiene el exclusivo propósito de procurar un acuerdo entre las partes que solucione el conflicto y ponga fin al proceso. En ella no se discute la veracidad de los hechos denunciados ni se practica prueba de ninguna naturaleza para establecerlos. Puesto que sus objetivos se encuentran rigurosamente delimitados y queda excluida cualquier discusión que sea propia del juicio oral, no existe obstáculo alguno para que el juez que interviene procurando la composición se encargue luego de celebrar el debate (cuando fracase el intento de conciliar) y dicte el fallo que en derecho corresponda. Por este motivo, el inciso a) del artículo 55 del Código Procesal Penal restringe las causales de excusa -en lo que resulta aquí de interés- al juez que intervino en ese mismo carácter dictando el auto de apertura a juicio, ya que el análisis que este tipo de resolución involucra es mucho más amplio (se extiende a cuestiones como la tipicidad de la conducta imputada, la concurrencia de pruebas suficientes para que el asunto se ventile en juicio y la calificación de las admitidas tanto como el rechazo de las ilícitas; la rectitud del procedimiento seguido, por citar solo algunos aspectos). El fracaso del intento de conciliar, sin embargo, no origina ninguna resolución de fondo y el juez solo debe hacer constar que la audiencia se celebró y su resultado negativo (y así ocurrió en la especie, según se observa de lo consignado en los folios 39 y 40). También por estas razones la ley establece que es el mismo tribunal llamado a dictar sentencia el que debe procurar la conciliación (por ejemplo: en los delitos de acción privada, en las causas que se adecuaron al nuevo Código de rito y en los que ya se había superado la fase ordinaria para conciliar), y es tal

la regla general porque promover la medida no implica formular juicios sobre los hechos, las pruebas o el procedimiento; ni menos aun que el conciliador se convertirá en “un testigo”, como de manera errónea se propone en el recurso. Así las cosas, se rechaza la queja.

Contrariamente, el Tribunal de Casación Penal, en la sentencia 436-04 de las 10:25 hrs. del 6-05-04, dispuso que sí existía violación al principio de imparcialidad y objetividad en razón de que el juez de juicio había participado en la negociación de un acuerdo conciliatorio que no fructificó, donde externó criterio respecto de los hechos, al señalar que consideraba que los mismos eran de poca gravedad.

El Tribunal de Casación Penal del III Circuito Judicial de Alajuela se pronunció en torno a la posibilidad que tiene el juez de la etapa intermedia de prevenir al Ministerio Público que corrija, subsane o complete la acusación, cuando esta sea defectuosa. Afirma este tribunal que esa actuación del juez no vulnera el principio de imparcialidad, porque precisamente uno de los fines de la etapa intermedia es depurar el proceso:

En el único motivo de casación por la forma se alega “Actividad procesal defectuosa absoluta, violatoria del principio de imparcialidad del juez, el de objetividad y equilibrio procesal, que conforman el debido proceso”. Considera violentados los numerales 39 y 41 de la Constitución Política, 6, 12, 13, 15, 175 inciso a), 179 párrafo segundo, 277, 301 y 303 del Código Procesal Penal. Expone su inconformidad apuntando que el Tribunal de juicio inobservó las normas procesales respecto de la actuación de la jueza de la Etapa Intermedia al avalar un procedimiento que para su criterio resulta irregular, por retrotraer la causa a etapas precluidas y permitiendo una nueva acusación y solicitud de apertura a juicio que agravó la situación del imputado. Invoca a favor de su tesis que el artículo 299 del C.P.P. establece que es ante el criterio del Ministerio Público o del querellante que se da por concluida la etapa del procedimiento preparatorio. Indica que en el presente caso, a folio 39 el Ministerio Público formuló una acusación imputando dos delitos de abuso sexual, que posteriormente a folio 45 se hizo el señalamiento para audiencia preliminar; sin embargo, en violación -a su criterio- de los principios del debido proceso y con una clara interferencia de funciones en perjuicio del imputado, a folio 49 el Juzgado Penal de Cañas deja sin efecto la audiencia preliminar y

mediante resolución de oficio de las once horas del quince de diciembre de dos mil cinco procede a orientar al Ministerio Público para que corrija la acusación, indicando que la relación de hechos no era clara, precisa y circunstanciada, pues en su hecho segundo aludía a que el imputado en varias oportunidades había tocado a la ofendida en la vagina, sin precisar el número de veces que eso había acontecido, por lo que se optó remitir la acusación a la Fiscalía local para que se procediera conforme. Se apunta, por parte del recurrente, que esa actuación del Juzgado Penal de Cañas es violatoria al debido proceso, al asumir una posición parcializada y retrotraer el proceso a etapas precluidas, recurriendo a un procedimiento no previsto legalmente. Señala que si bien la ley permite la corrección de la acusación, esta debe darse en la audiencia preliminar y no correspondía que el juez asumiera una actuación que no le correspondía y que redundó en la agravación de la situación jurídica del imputado. Se señala que, según consta a folio 54, una vez que el Ministerio Público recibe el expediente del Juzgado Penal, cita a la ofendida, la entrevista sin participación de la defensa y procede a confeccionar una nueva acusación que es la de folio 55, atribuyendo en esta ocasión tres delitos de abuso sexual. Indica que con este procedimiento se ocasionó un desequilibrio procesal al violar el Debido Proceso, al no dársele participación a la defensa en este proceso. También objeta que no se hiciera ningún pronunciamiento sobre la primera acusación. Califica dicho proceder como un defecto absoluto, señala que conforme al principio de imparcialidad se deben deslindar las funciones requirentes y decisorias, lo que se estima no sucedió en este caso, razón para solicitar la actividad procesal defectuosa. Insta así se case la sentencia y se declare la ineficacia del fallo y del debate ordenando el reenvío. **Por mayoría se declara improcedente el reclamo.** El presente caso permite a este Tribunal de Casación pronunciarse en orden a un tema que ha revestido cierto grado de polémica en nuestro medio jurisprudencial. También, convoca a una reflexión sobre la naturaleza de las funciones del juez de la etapa intermedia. Conforme a la legislación procesal anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, cuando un requerimiento de elevación a juicio no cumplía con las características exigidas por la ley, concretamente, cuando la relación de hechos no era clara, precisa y circunstanciada se anulaba y se devolvía el asunto a la instrucción, para que el fiscal

corrigiera los defectos imperantes. Este mismo punto ha sido fuente de discusión bajo la vigencia de la nueva legislación, podríamos señalar, que en una especie de movimiento pendular, uno de los extremos estuvo marcado por dos fallos de la Sala Tercera de Casación Penal, el primero el número 46 de las 9:45 horas del quince de enero de mil novecientos noventa y nueve y el segundo el 141 de las 9:00 hrs. del veintidós de febrero de dos mil dos, en esas oportunidades, manteniendo una posición similar a la del recurrente en el presente asunto, se estimó que una acusación mal formulada, que no cumpliera con los requisitos de claridad, precisión y circunstanciación, no podía ser evidenciada por el juez de la etapa intermedia, para que el órgano acusador procediera a su corrección. Este mismo criterio se reitera en otros fallos (577 de las 9:48 hrs. del 21 de junio de 2002. 337 de 11:40 hrs. del 16 de abril de 2002, 925 de las 9:20 hrs. del 20 de setiembre de 2002 y el 592 de las 9:30 hrs. del 18 de julio de 2003). En esas otras resoluciones se hace expresa referencia al voto primeramente comentado. Concretamente en el voto 925 citado, además se agrega: “No podría pensarse en la aplicación del artículo 152 del Código Procesal Penal para que el Tribunal envíe la causa al Ministerio Público con el fin de que proceda a investigar, pues es obvio que no se trataría de otro delito conocido durante la investigación, sino del ilícito que se ha estado investigando y que no se acusó en debida forma. En consecuencia, visto el defecto absoluto de la pieza acusatoria, la que no contiene una relación precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al imputado conforme a los presupuestos establecidos en el citado artículo 303, sin que sea admisible devolver los autos a momentos procesales finalizados, ...” En cuanto a esto último, consideramos que se incurre en un error respecto de las implicaciones del *ne bis in idem* y los alcances de la cosa juzgada, pues si se parte de una deficiente imputación del Ministerio Público, que genera una absolutoria, realmente la razón de la misma se cifra en la circunstancia de que lo que supuestamente se “acusó”, no constituye un delito. Así, el que el fiscal relate en la relación de hechos de la acusación, detalles de una investigación, no implica la atribución del hecho concreto investigado. En buena técnica, para que opere la cosa juzgada debe de haber identidad de objeto, de sujeto y de causa. Naturalmente que, si un fallo absolutorio se produce en tales condiciones, no es posible afirmar racionalmente la identidad de objeto, entendido en el sentido

de que ambos procesos hayan versado sobre los mismos hechos, ergo una nueva persecución penal por los hechos que no se supieron imputar o acusar si sería viable. En todo caso, la Sala Tercera de Casación rectifica su posición a partir del voto 2003- 00984 de las diez horas veinte minutos del treinta y uno de octubre de dos mil tres, en el que se hace un profuso e interesante análisis doctrinal a cerca de los precedentes de la discusión que conformaron la legislación vigente a este respecto, también se alude a los antecedentes, ya citados en esta resolución, sobre la posición hasta ese momento sostenida por la Sala de Casación Penal. Al plantear el nuevo criterio a seguir sobre el punto en específico que nos ocupa dijo: **“POSIBILIDAD DE SANEAR DEFECTOS SUSTANCIALES EN LA ACUSACIÓN DURANTE LA AUDIENCIA PRELIMINAR.** Dentro de los antecedentes de esta Sala respecto al tema de estudio, sobresalen dos resoluciones, la No. 46 de las 9:45 hrs. del 15 de enero de 1999 y la No. 141 de las 9:00 hrs. del 22 de febrero de 2002. Curiosamente ambas se refieren a acusaciones por el delito de homicidio en donde los hechos acusados describen todas las circunstancias periféricas al hecho de sangre, sin llegar a describir la parte más importante del tipo penal de homicidio, a saber, que el imputado dio muerte al ofendido. Aunque esta afirmación podría deducirse de la redacción de la pieza acusatoria, lo cierto del caso es la acusación no describía ni un solo hecho de relevancia típica respecto del delito acusado. En el primero de los casos –y siguiendo el precedente No. 137-f-92 de las 9:10 hrs. del 4 de abril de 1992–, la acusación se corrigió mediante una “notificación oral supletoria”, que en sede de casación fue considerada improcedente, anulándose la sentencia con la consiguiente reposición del juicio. En el segundo caso la acusación fue corregida en la audiencia preliminar, pero remitiendo los autos al Ministerio Público quien formuló una segunda acusación que sí describía la totalidad de la acción típica. En ese caso se resolvió anular todo lo actuado con posterioridad a la formulación de la primera acusación, resolviendo el caso por el fondo con base en ese primer documento y dictando sentencia absolutoria. Estima esta Sala que es necesario replantearse el tema de la subsanación de defectos procesales, especialmente los contenidos en la acusación. Una vez delimitado el alcance de lo que en materia civil suele denominarse “principio de preclusión”, el cual en nuestro proceso penal está limitado a la etapa procesal en que debe realizarse el saneamiento de actos

defectuosos, hay que analizar el tema de cuáles defectos de la acusación pueden ser corregidos y cuáles no, y en qué etapa procesal se puede dar esa corrección. En primer lugar hay que señalar que el Código Procesal Penal no establece una clasificación o tipología de defectos procesales. Sin embargo hay cuatro normas que señalan algunos tipos de defectos, sin que pueda considerarse que se trata de una lista taxativa. El artículo 15 habla de la categoría de “defecto formal saneable”. El artículo 146 se refiere a “errores materiales” en las resoluciones de los jueces. El artículo 178 da una lista de “defectos absolutos”, lo que por exclusión podría hacernos pensar que existen “defectos no absolutos”. El artículo 317 señala que en la etapa intermedia se pueden objetar la solicitud –sin especificar cuál– formulada por el Ministerio Público o el querellante por “defectos formales o sustanciales”. Además de que, exceptuando el enlistado del artículo 178, no se definen este tipo de defectos, no establece la normativa ningún vicio que se denomine “esencial” o “no esencial” y mucho menos “secundario” o “periférico”. A pesar de la imprecisión conceptual en la normativa del código sobre el tema de los defectos materiales, formales, sustanciales y absolutos, lo cierto del caso es que hay una norma expresa que regula la etapa procesal y el tipo de defectos que se pueden objetar en la acusación. En efecto, el artículo 317 supracitado establece que dentro del plazo de cinco días otorgado a las partes luego de la formulación de la acusación, las mismas podrán “objeto la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante por defectos formales o sustanciales”. Si las partes pueden objetar defectos sustanciales en la Etapa Intermedia, es evidente que el juez penal puede pronunciarse respecto de esas objeciones, ya que tiene el deber, según el artículo 319, de resolver todas las cuestiones planteadas. Por otro lado no tendría sentido permitirle a las partes hacer objeciones sustanciales a la acusación pero prohibirle al juez pronunciarse sobre ellas. Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que el tema del saneamiento procesal no está descrito exclusivamente en el artículo 15 del C.P.P., sino fundamentalmente en los artículos 177 a 179 del citado código. Esto significa que la limitación hecha por el artículo 15 en cuanto a que sólo se pueden corregir “defectos formales saneables” no se aplica a todos los actos procesales y a todos los saneamientos de defectos, sino únicamente a “gestiones, recursos o instancias de constitución” de los

sujetos procesales, como expresamente lo indica el artículo. De lo anterior se puede concluir que negar la posibilidad de corregir defectos sustanciales en la acusación en la etapa intermedia implica hacer caso omiso no sólo del artículo 317 del CPP, sino de las facultades de saneamiento descritas en los artículos 177 a 179 del mismo cuerpo normativo.”. La Sala Tercera reitera su posición en este sentido al decir: “[...] de recibir la solicitud de apertura a juicio sin que se cumpla con las formalidades y requisitos que se imponen, ya sea de oficio o a solicitud de parte (como sucedió en esta oportunidad), de inmediato lo que debe de hacer es señalar el defecto y remitir nuevamente el expediente ante el Ministerio Público para que éste corrija el defecto formal que aprecia, en tanto así lo permiten los artículos 15 y 179 de la normativa de rito. En otras palabras, previo a ordenarse la apertura a juicio y de haberse constado la existencia de un defecto formal que resultase posible sanear, lo que procedía era que la autoridad jurisdiccional de la etapa intermedia, como responsable de la legalidad procesal, ordenase al órgano requirente el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa, a fin de no causar quebranto o inobservancia alguna al debido proceso y al derecho de defensa.” (Resolución 2005-00375 de la Sala Tercera de la Corte, de las diez horas del seis de mayo de dos mil cinco). Esta posición es la que asumimos, pues entendemos que conforme a ella se le otorga un sano protagonismo al juez de la etapa intermedia. Efectivamente, la labor de este funcionario debe ser el depurar el proceso, para que, aquello que efectivamente deba llegar a juicio, lo sea en los términos que permita una resolución eficaz del conflicto. No tiene ningún sentido, como se extrae de los precedentes citados, el mutilar las funciones del juez de la etapa intermedia, incapacitándolo para ejercer un contralor que la ley efectivamente establece y que, tal y como ya lo expusimos, lo único que podría originar es un procedimiento insulso, que perfectamente se puede enderezar. En este aspecto, no debemos dejar de lado que el proceso penal responde a intereses no sólo del imputado, sino que debe satisfacer expectativas de justicia de todos los involucrados, que, conforme al artículo 41 de la Constitución Política, son legítimamente demandantes de una justicia no sólo pronta, sino también cumplida. En vista de lo dicho, las objeciones formuladas por el recurrente en cuanto a la remisión de la causa a etapas precluidas, no son de recibo. Cabe atender al argumento adicional en cuanto a que se operó una

violación al principio de imparcialidad del juzgador con la actuación del Juez de la Etapa Intermedia de Cañas, esa objeción tampoco se considera procedente, dado que, como ya se expuso, suficientemente sustentado, precisamente su actuación fue conforme a las exigencias procesales y su rol. En realidad, la imparcialidad del juzgador existe hasta el momento en que debe resolver, una vez que le toca emitir criterio debe tomar partido, su decisión, conforme a la ley, puede beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes que intervienen en el proceso, pero, ello es consustancial a sus labores. Por otra parte, como se observa de la resolución objetada, visible a folio 49, el pronunciamiento que realiza la jueza penal de Cañas, se limita a apuntar objetivamente un vicio evidente de la redacción de la acusación, sin que se trasluzca, ninguna malsana intención de afectar o beneficiar a ninguna de las partes, ese efecto, lo deriva el recurrente de lo que sucedió con posterioridad, pero, en realidad, lo que objetivamente pretendió la jueza en este caso es que la acusación contuviera una imputación de hechos de la que efectivamente fuera posible ejercer una eficiente defensa, incluso, hipotéticamente, desde la perspectiva que lo está viendo el recurrente, pudo ser el desenlace a su favor, si eventualmente la precisión hubiera discurrido en que el eventual hecho era uno sólo y no una pluralidad. En todo caso, como se ha sostenido, lo que aconteció en el presente caso es lo que la legislación prevé para tales eventos, el pronunciamiento precisamente sobre la primera acusación es el que se opera en virtud de esa resolución de las once horas del quince de diciembre de dos mil cinco, oportunidad en que se afirmó que la misma adolecía de un defecto formal absoluto que debía ser corregido. Por todo lo dicho, lo procedente es declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado. El Juez Alpízar Chaves salva el voto y declara con lugar el recurso.

(S 516-07 de las 9:25 hrs. del 28-09-07).

En cuanto al caso de los debates que son anulados, cuando ya se ha recibido prueba, la sentencia 212-04 de las 9:45 hrs. del 12-04-04 de la Sala Tercera resolvió que el hecho de que los jueces integrantes del tribunal fueran los mismos que habían integrado en el juicio anulado no vulnera los principios de imparcialidad y objetividad. En el caso de la audiencia que se anuló, ya se habían recibido siete testimonios:

[...] no obstante que quienes concurrieron a dictar sentencia en este caso, son los mismos jueces que estuvieron presentes en la primera convocatoria del debate realizada en esta causa y que luego se anuló totalmente, no se aprecia que en dicha oportunidad hubiesen tenido una participación importante en la producción de pruebas o en la conformación de un criterio que pusiese en duda la imparcialidad con la que debían actuar. En lo esencial, lo único que se acredita del expediente es que iniciaron el debate, recibieron la declaración de siete testigos y rechazaron una solicitud de la defensa por estimarla innecesaria, es decir, porque consideraron que, con la prueba que hasta ese momento se había evacuado, se tenían claras las circunstancias espaciales que permitían ubicar el cuerpo de la víctima (cfr. acta de debate de folios 180 a 183). En ninguna de estas actuaciones, contrario a lo que reclama o demuestra la defensa, se observa que los juzgadores hubiesen concurrido a emitir (o se hubiesen formado) criterio sobre cómo ocurrieron los hechos o cuál era la responsabilidad penal que le correspondía a los justiciables. Conforme a un estudio del expediente, no se presentó circunstancia alguna que comprometiera el principio de imparcialidad con el que debían actuar y, en efecto, actuaron los jueces (ver también actas de debate de folios 180 a 183). Además, se debe recordar que los actos del primer debate se anularon en su totalidad y en ningún momento se determina en ellos que los juzgadores adelantaran o manifestaran cuál era su opinión sobre los hechos y la participación de los endilgados en estos.

(En el mismo sentido, S 71-07 de las 9:55 hrs. del 9-02-07 de la misma sala y del Tribunal de Casación Penal la sentencia 196-06 de las 10:40 hrs. del 9-3-06).

Tanto la Sala Tercera de la Corte como el Tribunal de Casación Penal han estimado que se viola la garantía del juez imparcial, cuando el tribunal que realiza el debate, a su vez, había conocido de los hechos, mediante la aplicación del procedimiento abreviado a otro imputado:

La Sala, sin embargo, encuentra que el fallo debe anularse de oficio, atendiendo a que, según se observa, el a quo conoció en un mismo acto la petición que hizo en el debate el coimputado Freddy Romero Espinoza, a fin de someterse al proceso abreviado y luego celebró

el juicio contra Calderón Sánchez, de manera que la sentencia impugnada resolvió ambos extremos, lo que afecta seriamente el derecho del justiciable de ser juzgado por un tribunal imparcial. La Sala ha sostenido reiteradamente que: “[...] el ánimo del cuerpo juzgador se ve viciado respecto de un juicio ordinario seguido contra ciertos sujetos, si ese órgano –con idéntica integración– ha conocido antes un procedimiento abreviado contra otro individuo, cuando a los imputados en ambos casos se les atribuyen los mismos hechos. Lo anterior se debe a que la aceptación de los cargos por parte del justiciable ante un Tribunal de Juicio (distinto es –cabe advertirlo– el caso cuando se presenta la gestión en la Audiencia Preliminar) obliga a este órgano a determinar si además del dicho del acusado hay más pruebas útiles para sustentar su condena, con lo cual queda comprometido su criterio respecto de otros imputados a quienes se les juzga por los mismos hechos y que no han intentado abreviar el proceso” (ver sentencia No. 200-02, de 9:20 horas de 8 de marzo de 2002, en la que también se examinan otras resoluciones que abordan el mismo punto). Nótese que los jueces, luego de escuchar la admisión de los cargos que hizo Romero Espinoza y de incorporar la totalidad de la prueba documental que es común para ambos enjuiciados, decidieron de hecho aceptar el proceso abreviado, al extremo de que se hizo al acusado abandonar la sala de audiencias junto con su defensor y se les convocó para que regresaran horas después, “con el fin de firmar el acta” (cfr.: folio 200). De esta suerte, aunque no se dictara en ese momento el fallo condenatorio correspondiente, es indudable que se deliberó, no solo sobre la oportunidad de la gestión en la fase de juicio, sino acerca de su procedencia, con arreglo a las pruebas existentes, ya que si los juzgadores hubiesen estimado otra cosa, ningún sentido tendría el haber dispuesto el retiro del imputado Romero Espinoza, con el riesgo de rechazar la gestión y malograr todo un debate en cuanto a él. Puesto que tales pruebas son las mismas con las que debería establecerse luego la situación del otro justiciable (Calderón Sánchez), resulta claro que este último no compareció ante un Tribunal cuya imparcialidad se hallase garantizada, sino ante uno que ya había sometido a examen las probanzas y decidido que tenían mérito suficiente para aceptar el proceso abreviado de un supuesto coautor del mismo delito que se investigaba y, eventualmente, decretar la condena e imponer la pena pactada, como en efecto ocurrió. Conforme se indicó en la resolución

No. 342-00 de 10:20 horas de 31 de marzo de 2000, tras analizar un caso similar al que ahora se conoce: “No puede el Tribunal decir que homologa el acuerdo –sin retirarse a deliberar– y diferir para un momento procesal posterior el dictado del fallo, porque tal proceder es incompatible con la naturaleza misma de este procedimiento especial. Menos aún puede supeditarse el razonamiento y dictado del fallo de un proceso abreviado, a la celebración del juicio contra otro coimputado, para luego dictar una sentencia conjunta, como sucedió en este caso, porque con ello se desnaturaliza la finalidad misma del procedimiento especial, pero además se irrespetan las reglas del proceso ordinario, porque se resuelve en sentencia, luego de un juicio oral y público, un asunto que no fue debatido en esa audiencia y para el cual no se siguió el procedimiento establecido –intimación, declaración del acusado, recepción de prueba, emisión de conclusiones...”. Lo procedente era que el a quo ordenara separar la causa y remitir a Romero Espinoza ante otro juzgador que decidiera si procedía o no la solicitud planteada por él. Así las cosas, de oficio se anula parcialmente el fallo impugnado, solo en lo que se refiere al justiciable Calderón Sánchez. Se ordena reenviar el asunto para que se sustancie nuevo juicio en cuanto a dicho imputado, con arreglo a derecho y ante el tribunal competente.

(S 267-06 de las 8:55 hrs. del 29-03-06 de la STC. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 973-05 de las 10:20 hrs. del 26-08-05; 325-00 de las 9:05 hrs. del 31-03-00; 1336-99 de las 9:42 hrs. del 22-10-99; 342-00 de las 10:20 hrs. del 31-03-00, de la misma sala. Del TCP, la sentencia 207-04 de las 3:10 hrs. del 22-11-04).

En cuanto a su propia competencia para conocer de asuntos que ya había conocido⁵⁹, la Sala Tercera ha establecido que si el pronunciamiento anterior no implicó conocer sobre aspectos esenciales de fondo o de forma que pudieran

59 La Sala Constitucional, mediante sentencia 3923-06 de las 12:15 hrs. del 24-03-06, declaró con lugar un recurso de hábeas corpus, porque uno de los jueces que integró la Sala de Casación para conocer del recurso de casación, integró también para conocer del procedimiento de revisión de la sentencia. Se dispuso la anulación de la sentencia de la Sala Tercera de la Corte.

afectar el posterior estudio o análisis, no existía razón para cambiar la integración de la sala, y señaló a manera de ejemplo, como supuestos que no hacían surgir la necesidad de separarse de una causa conocida con anterioridad:

1) El rechazo fundado en motivos de inadmisibilidad: cuando el recurso de casación resultó extemporáneo, o bien, cuando en el procedimiento de revisión los reclamos fueron ya conocidos en casación. 2) Por la constatación de un vicio absoluto que acarrea –de oficio- la anulación de la sentencia, sin entrar siquiera a conocer los reclamos de quien recurre en casos como: i) la falta de firma de unos de los jueces; ii) problemas en la integración del Tribunal; iii) defectos en la deliberación; iv) defectos en la notificación del fallo; v) irrespeto del plazo para dictar sentencia.

En el presente caso, la integración de la Sala podía ser incluso idéntica a la que conoció del anterior recurso, pues la declaratoria de nulidad del fallo y el respectivo reenvío, fueron ordenados en virtud de la falta de firma de uno de los jueces, de allí que no existe lesión o menoscabo al principio del juez natural, que fue uno de los puntos medulares de la sentencia dictada por el Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(S 1232-04 de las 8:34 hrs. del 29-10-04 de la STC. Sobre el tema, la sentencia 820-04 de las 10:36 hrs. del 12-8-04 del TCP).

A pesar de que el diseño del sistema penal actual es marcadamente acusatorio, aún se conservan algunas facultades por parte del juez que, en determinados casos, podrían lesionar su imparcialidad. Estas facultades son las de solicitar prueba para mejor proveer (artículo 355 CPP); ordenar la reapertura del debate (artículo 362 CPP); ordenar prueba de oficio para ser recibida en el debate (320 párrafo 1); la posibilidad de interrogar al imputado y testigos (352 CPP). Afirma al respecto Javier Llobet que

Debe tratarse de buscar una armonización entre el principio de imparcialidad y el de búsqueda de la verdad, de modo que la intervención activa y oficiosa del juzgador debe tener un carácter meramente excepcional y complementario, resultando que a través de esa actuación el juez no puede sustituir al Ministerio Público. Entre el principio de imparcialidad y el de verdad debe dársele preferencia al

*primero de ellos, de modo que cuando la intervención activa del juez lleve a dudar de su imparcialidad, debe abstenerse de intervenir*⁶⁰.

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte ha afirmado que si bien es cierto, le corresponde al Ministerio Público probar la imputación que formula y, por ello, debe ofrecer toda la prueba útil y pertinente para tal fin, en especial, según el nuevo diseño procesal de naturaleza acusatoria. Sin embargo, los juzgadores conservan algunas potestades para ordenar y traer la prueba que estimen necesaria para resolver en forma fundada, adecuada y correcta el caso sometido a su conocimiento, tal y como se infiere de lo dispuesto en el artículo 180 del Código Procesal Penal que señala:

El Ministerio Público y los tribunales tiene el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad, mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.

Refiere la sala que esta característica particular de nuestro sistema impide considerar como acusatorio puro una opción del legislador que priorizó la averiguación de la verdad y les asignó ese deber también a los jueces que no pueden eludirlo, relegando toda actividad probatoria en las partes, cuando advierten la necesidad de una prueba y saben cómo localizarla y cómo traerla al proceso, tal y como sucede en el caso de prueba para mejor resolver. (Véase al respecto la sentencia 833-02 de las 10:45 hrs. del 23-08-02 de la STC).

Aunque se reconozca ese deber del tribunal, en la sentencia 424-06 de las 10:55 hrs. del 12-05-05, la Sala Tercera estableció un caso donde la jueza que dirigió el debate asumió un papel protagónico al formular el interrogatorio que el órgano jurisdiccional había perdido por completo la objetividad e imparcialidad que de él se espera, dentro de un sistema de corte marcadamente acusatorio como el vigente, asumiendo un rol activo propio del ente acusador, al desplegar todo un amplio, exhaustivo, insistente, sistemático y minucioso interrogatorio. Por esa razón, se anuló la resolución condenatoria adoptada por el tribunal de mérito, y se ordenó el reenvío a la oficina de origen para una nueva sustanciación conforme a derecho.

60 Llobet, óp. cit. pp. 308-309.

Otro aspecto relacionado con el principio de imparcialidad es lo comentado en cuanto a si el juez está legitimado para condenar, cuando el Ministerio Público solicita una absolutoria. En criterio de Javier Llobet, con base en el principio acusatorio y el de imparcialidad, ante la petición absolutoria del Ministerio Público y la ausencia de un querellante que pida una condenatoria, el tribunal no puede dictar una sentencia condenatoria. Afirma que de conformidad con el principio acusatorio para que un tribunal pueda dictar una sentencia condenatoria, se supone no solamente que el Ministerio Público o el fiscal haya presentado acusación, sino que además en las conclusiones, así se reitere. De esta manera, a su juicio, frente a una petición de absolución del Ministerio Público y del querellante, al tribunal le está vedado dictar una sentencia condenatoria, pues de hacerlo así, abandonaría su papel de tercero imparcial, asumiendo la función acusadora.

Al respecto, el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial ha señalado que el fiscal no puede recurrir en casación, cuando pidió la absolutoria, ni siquiera por orden del superior jerárquico (al respecto, pueden consultarse las sentencias 845-05, 730-05, 201-06, 759-05, 412-05 del Tribunal de Casación Penal). Incluso, en diversos fallos, se ha considerado que el tribunal de juicio no puede condenar cuando el Ministerio Público solicita la absolutoria (sentencias 201-06, 759-05, 412-05 y 730-05 de la Sala Tercera de la Corte).

Ese criterio fue modificado por las sentencias 1382-07, 1052-07, 1468-07, 1382-07 del Tribunal de Casación Penal, donde señalan que el tribunal sí puede condenar a pesar de la solicitud de absolutoria del Ministerio Público. En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal de Casación Penal de San Ramón, en sentencias las 29-07 y 53-07.

Por su parte, la Sala Constitucional en las sentencias 11621-07 y 11920-07, se pronunció en el sentido de que no resulta inconstitucional que el tribunal de juicio condene a pesar de la solicitud de absolutoria del Ministerio Público, en virtud de que no se lesiona el principio de imparcialidad del juzgador.

Otro tema por destacar es el dictado de oficio de la prisión preventiva. La Sala Constitucional en voto de mayoría ha señalado que el juez no puede dictar de oficio la prisión preventiva, porque esto vulnera el principio de imparcialidad del juzgador:

La imparcialidad del Juez judicial no es una garantía procesal más sino que constituye un principio básico del proceso penal, cuya vulneración impide la existencia de un juicio penal justo. En consecuencia, el principio

de imparcialidad exige una estricta separación de funciones requirentes y decisorias. Ahora bien, en un modelo en el cual el juez decide sobre la necesidad de iniciar la investigación, de procesar al imputado o de detenerlo preventivamente se presenta una confusión de facultades requirentes y decisorias que impide al tribunal actuar imparcialmente, pues en esos casos el juez decide sobre la necesidad y sobre la legalidad de la medida—generalmente persecutoria— que él mismo dicta. Se coloca así en manos del juez una tarea imposible: actuar en representación del interés persecutorio y, al mismo tiempo, controlar la legalidad de sus propias decisiones que son expresivas de ese interés. **IV.-** En este caso, la prórroga de la prisión preventiva decretada contra el amparado por el Juzgado recurrido, en las condiciones en que lo hizo, vulnera los principios que dan contenido al principio acusatorio, particularmente la imparcialidad del juez. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico el Estado ha encargado la persecución penal pública a un órgano estatal específico, el Ministerio Público, que es titular exclusivo de la acción penal pública, de manera que si ese órgano no ejerce las medidas necesarias para realizar una persecución penal eficaz se trata de una circunstancia que no autoriza la violación de las reglas del procedimiento, mucho menos de los derechos fundamentales del imputado. Al igual que a nadie se le ocurriría aceptar que si el Ministerio Público no llega a presentar la acusación esta pueda ser formulada por el tribunal o que si el representante del Ministerio Público no llegara al debate uno de los jueces pudiera abandonar su lugar en el tribunal y cumplir el papel de acusador durante el juicio oral, así tampoco es aceptable que el tribunal dicte o prorrogue la prisión preventiva cuando el fiscal, como titular de la acción penal, no cumple con su deber de solicitarlo oportunamente.

(Sentencia 2550-05 de las 15:30 hrs. del 8-03-05 de la SC. En el mismo sentido, la sentencia 3568-05 de la misma sala).

No obstante, el criterio fue atemperado en otras sentencias, donde se señala que en los casos donde se hubiera dispuesto la apertura a juicio,

[...] aún sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia, puede disponer la prisión preventiva del encausado si se hallare en libertad y desde luego mantener esa medida precautoria si no estuviere en libertad, según se dispone

expresamente en los artículos 254 y 329 del Código Procesal Penal.
(S 2992-05 de las 14:38 hrs. del 16-03-05; 14902-05 de las 12:17 hrs.
del 28-10-05; 2031-06 de las 12:06 hrs. del 17-02-06 y 7791-06 de las
17:01 hrs. del 30-05-06, todas de la SC).

A pesar de dicho criterio, en los casos en que el fiscal estime que corresponde la prórroga de la prisión preventiva, debe solicitarlo así, justificando las razones, sin esperar a que el juez sea quien lo decida de oficio, pues resulta claro que es una función del Ministerio Público.

3.3.3 Principio de independencia

Derivado del principio de imparcialidad del juez, se encuentra el principio de independencia judicial, tanto en lo externo, es decir, frente a los demás poderes del Estado, como en lo interno, entre todos los órganos del Poder Judicial. Dicho principio se sustenta, a su vez, en los principios de exclusividad, imparcialidad y vinculación del juez a la ley.

Según el principio de exclusividad, los jueces tienen el monopolio de la jurisdicción, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ningún otro poder o persona puede asumir esta función, so pena de atentar contra este principio. Asimismo, los jueces solo pueden ejercer la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que, a su vez, determina la necesidad de privar al juez de funciones administrativas y garantizar su independencia económica y estabilidad profesional.

El principio de imparcialidad, conforme se señaló, atiende al hecho de que el juez debe ser un tercero entre los litigantes, sin mediatización alguna, en una doble vertiente: subjetiva, en cuanto el juez concreto debe ser imparcial respecto de un caso concreto; y objetiva, el juez debe ofrecer garantías para excluir cualquier duda razonable en su actuación.

Según el principio de vinculación del juez a la ley, la misión de los jueces es aplicar la ley, interpretándola no creándola. La ley, entendida en sentido amplio, es la primera fuente del derecho, junto con la costumbre y principios generales, positivizados a través de la jurisprudencia.

Refiere Ferrajoli que la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de Estado o a intereses políticos. La independencia

de la función judicial debe estar asegurada, tanto institucionalmente frente a los poderes externos a ella, como referida al juez en su calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización

El principio de independencia judicial está contemplado en los artículos 14, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el 8, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También está regulado en los *“Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”*, aprobados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. En estos se señala que la independencia de la judicatura deberá garantizarse por el Estado y proclamarse por la Constitución o la legislación del país. Además se indica que los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y, en consonancia, con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo, y que toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. También se infiere de lo dispuesto en los artículos 9, 153 y 154 de la Constitución Política.

La Sala Constitucional se ha referido a dicho principio en los siguientes términos:

En cuanto al principio de independencia judicial, debemos señalar que constitucionalmente este principio deriva del artículo 153 de la Constitución Política que señala: “Corresponde al Poder Judicial además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.” El artículo 154 constitucional, en este mismo sentido indica: “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.” El marco jurídico establecido constitucionalmente relacionado con la independencia judicial se ve complementado por los artículos 1 a 8 al

de la Ley Orgánica del Poder Judicial que desarrollan los presupuestos constitucionales. Debemos hacer referencia además de los artículos 162 al 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hacen mención de la jurisdicción y competencia de los jueces, en especial interesa citar los siguientes: “Artículo 162. La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo al que está anexa y se pierde o suspende para todos los negocios cuando, por cualquier motivo, el juez deja de serlo o queda suspendido temporalmente en sus funciones.” “Artículo 165. Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla; las diligencias que los procesos de que conozca exijan se hagan en el territorio de otro juez, sólo podrán practicarlas por medio de éste, salvo autorización legal en contrario. El juez sólo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente prorrogada o delegada.” Tomando en consideración el marco jurídico anterior, esta Sala considera que el principio de independencia del juzgador podría definirse como aquella potestad dada por la Constitución y la ley por medio de la cual el juez, cumpliendo en su ámbito competencial y jurisdiccional ejerce el poder que le ha sido delegado por el Estado de resolver un conflicto planteado por los particulares o por la misma Administración. Este principio va ligado directamente a los principios de unidad y monopolio de la jurisdicción, así como de imparcialidad y competencia. La independencia judicial se manifiesta en diversos planos, en el plano externo, se traduce por la autonomía del Poder Judicial en materia económica y por la inamovilidad de su personal, así como, en lo funcional, por la posibilidad real de tomar sus decisiones de acuerdo con criterios propios y no como resultado de presiones procedentes de determinados grupos, instituciones o personas. Ahora bien, en el plano interno, la independencia consiste en la autonomía de que deben gozar en sus decisiones las instancias judiciales inferiores con respecto a las de rango superior. Además, en un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro, la otra cara de la independencia es la responsabilidad del personal judicial, así como el control sobre sus actividades. Sobre el contenido y naturaleza de la independencia judicial interna el aparato judicial supone, que los tribunales inferiores gozan de autonomía en sus decisiones jurisdiccionales con respecto a los de rango superior. Sin embargo, legalmente no constituye una violación a este principio la existencia de los recursos tradicionalmente previstos

por la ley (apelación, revisión, casación y otros), a menos que sean utilizados en forma irregular."Esta Sala en la Sentencia No. 2838-98 de las quince horas veintisiete minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho, refiriéndose al principio de independencia e imparcialidad ha indicado: La independencia e imparcialidad del juez constituyen conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales en un régimen político como el nuestro. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la Constitución y a la Ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del caso.

(S 5493-00 de las 15:47 hrs. del 4-0-00 de la SC).

En relación con la independencia externa, el Poder Judicial debe administrar justicia con plena autonomía, por encima de las fuerzas políticas que motivan a los restantes órganos estatales. Algunos autores critican el sistema de nombramiento de magistrados por parte de la Asamblea Legislativa, señalando que constituye una afrenta al principio de independencia del juez.

Como factores que contribuyen a asegurar la independencia del Poder Judicial, la Constitución estableció el financiamiento permanente, así como el deber de consultar a la Corte Plena, los proyectos de ley que se refieran a la estructura o funcionamiento del Poder Judicial (Artículos 167 y 177 de la Constitución Política).

En cuanto a la independencia interna, si bien existen jueces de segunda instancia y de casación, ninguno de estos tiene poder sobre el juez ordinario o de primera instancia, de manera que no pueden darle indicaciones o influir para que decida en uno y otro sentido. La facultad que tienen para revisar los fallos, obedece a una distribución de competencias. Como formas de garantizarla, se citan la inamovilidad y un método objetivo de selección y nombramiento de los jueces.

La independencia funcional no impide que el juez responda por sus actuaciones, antes bien, como funcionario público que está sometido a todo el régimen de responsabilidad, tanto administrativa como disciplinaria.

El artículo 5 del Código Procesal Penal indica:

ARTÍCULO 5.- Independencia

Los jueces sólo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley.

En su función de juzgar, los jueces son independientes de todos los miembros de los poderes del Estado.

Por ningún motivo, los otros órganos del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme; tampoco podrán interferir en el desarrollo del procedimiento.

Deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por los jueces, conforme a lo resuelto. En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez deberá informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga del pleno de la Corte, el informe deberá ser conocido por la Asamblea Legislativa.

Las reglas sobre inamovilidad de los jueces son de gran importancia, porque no podría garantizarse su independencia, si estuvieran bajo la amenaza de ser destituidos, en caso de que una decisión no satisfaga a otros poderes del Estado o a magistrados u otros jueces de la Corte. Además, se debe garantizar que el procedimiento disciplinario no se aplique, en razón de aspectos relacionados con la interpretación de la ley y la valoración de la prueba.

Además, la independencia judicial es una garantía para los ciudadanos y no una prerrogativa para del juez. Se trata de que estos tengan la garantía de que la persona que va a administrar justicia actúe con total libertad y sin estar sometida a presiones. Los únicos límites a que está sometido el juez son los que derivan de la ley en sentido amplio.

CASOS RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL, IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

Principio de Juez Imparcial – Afectación por Juez que Recalifica los Hechos a Retención Indebida, Formulando él Mismo la Prevención.

Síntesis del caso

El defensor público del encartado plantea un recurso de casación por la forma contra la sentencia que condenó a su representado como autor de un delito continuado de retención indebida e indicó, en su primer motivo, que se lesionó el principio de juez imparcial, ya que una vez que las partes habían concluido, el juez consideró que los hechos no eran constitutivos de estafa o administración fraudulenta, sino de retención indebida y que, sin existir norma que lo autorizara para suspender el debate, así lo hizo, confiéndole al imputado el plazo para pagar, con lo que se convirtió en parte. Agrega que el imputado no pagó y el juez condenó por el delito al que ya había recalificado.

¿Estima usted que el juez está legitimado para realizar la prevención? ¿Afecta su actuación el principio de imparcialidad?

Decisión del tribunal

Según consta en el acta de debate de folios 416-417, una vez que las partes emitieron su alegato conclusivo, el juez estimó que también se acusaba al encartado del delito de apropiación indebida y procedió a darle a éste un plazo para que pagara, con lo que violentó el deber de imparcialidad a que estaba obligado desde que, a ese momento, no existía ninguna norma que lo autorizara a suspender el debate pues la prueba ya había sido evacuada y las partes ya habían concluido, ni se daba tampoco, ninguno de los supuestos excepcionales del artículo 362 del Código Procesal Penal por lo que si el juzgador consideraba que la calificación correcta de los hechos era otra y que en el procedimiento no se habían cumplido los requisitos de procedibilidad al respecto, debió resolverlo así ya sea en cuanto al fondo o bien decretando la actividad procesal defectuosa correspondiente pero sin poder volver a intervenir en el asunto, más no podía prevenir, él directamente, el depósito del dinero y luego proceder, él mismo, a emitir criterio sobre el fondo de

la cuestión desde que con tal proceder no sólo quedaba implícito el adelanto de criterio sobre lo que él estimaba la correcta calificación de los hechos sino que, también, asumía funciones propias de la fiscalía y coadyuvaba con esta para la condena del encartado desde que nada obstaba para que, de haber querido absolver al imputado al no darse los requisitos tanto para el tipo acusado como para el que él estimaba procedente, lo hubiera hecho sin idear dicho procedimiento.

(S 96-08 de las 10:50 hrs. del 31-01-08 del TCP).

Síntesis del caso

El defensor del imputado presenta un recurso de hábeas corpus contra el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica. Alega que se acusa a su defendido del delito de homicidio calificado. Indica que una de las juezas integrantes del tribunal había participado anteriormente en las diligencias de allanamiento y levantamiento de cadáver en esa misma causa y, además, le había impuesto prisión preventiva. No obstante, agrega que por haber sido nombrada interinamente en el tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, conoció en apelación la resolución de la prórroga de la prisión preventiva de su representado y celebró el debate oral y público que luego fue suspendido para continuarlo en diez días.

También refiere que otro imputado interpuso protesta por actividad procesal defectuosa, alegando que la integración del tribunal era ilegítima, por cuanto la jueza era testigo y juzgadora a la vez y que se interpuso recusación contra la funcionaria recurrida, la cual fue rechazada. Dicha jueza participó en la votación y decisión de la actividad procesal defectuosa y de la recusación. Estima el recurrente que la actuación de la jueza constituye una violación directa a los derechos de defensa y libertad ambulatoria de su defendido.

La jueza recurrida, por su parte, señala que efectivamente le correspondió conocer la apelación interpuesta contra la resolución del Juzgado Penal de Pococí y Guácimo, quien ordenó la prisión preventiva del amparado. También afirma que el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, debido al número de jueces que lo conforman, se compone para celebrar juicios por un juez que conoce en forma interlocutoria una apelación relacionada con el mismo expediente. Por esa razón, expresa que no había excusa para no integrar

el tribunal y celebrar el juicio contra el amparado, y en funciones de juez penal de Pococí y Guácimo, conoció las diligencias de levantamiento de cadáver y allanamiento; pero su labor no fue de instructora y, mucho menos, de testigo. Indica que el juez penal es contralor de legalidad de los actos del Ministerio Público, y antes del debate informó a los demás integrantes del tribunal de juicio de esas circunstancias.

¿Estima usted que las actuaciones de la jueza en la etapa preparatoria son susceptibles de lesionar su imparcialidad? ¿Cómo contestaría la audiencia de casación?

Decisión del tribunal

*La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido (véase a partir de la sentencia número 3560-96) que el artículo 42 de nuestra Constitución Política impide a quien haya concurrido a resolver un determinado punto de la litis, formar parte del Tribunal que conoce en otra fase de ese mismo tema, es decir, la norma se ocupa **de garantizar que un mismo juez que haya resuelto un asunto no pueda conocer en otra fase de su decisión**. El planteamiento de la jueza accionada es que en el Tribunal Penal del Segundo Circuito de la Zona Atlántica, debido al número de jueces que lo conforman, con frecuencia ocurre que deba integrarse un tribunal para juicio con un juez que conoció en etapas anteriores un mismo expediente, por eso le correspondió conocer del asunto del amparado. Pero ese argumento, no es válido, porque la lesión constitucional alegada se ha producido porque el juzgador ha resuelto propiamente respecto a la libertad del amparado, incluso lo ha hecho como tribunal de apelaciones, y ahora pretende hacerlo en la fase del debate. Esta circunstancia atenta contra las garantías que tienen las partes de un proceso justo. Desde esa óptica, existe una amenaza a los derechos protegidos por este recurso, razón para declarar con lugar el recurso y ordenarle a la recurrida que no puede participar en el juicio oral y público en la causa penal seguida contra el tutelado.*

(Sentencia 11344-03 de las 14:33 hrs. del 7-10-03 de la Sala Constitucional).

Síntesis del caso

La recurrente interpone un recurso de hábeas corpus y manifiesta que el Juzgado Penal de Heredia decretó prisión preventiva por seis meses en contra del amparado. Alega que sin existir petición del Ministerio Público, el juez penal de Heredia resolvió, de oficio, prorrogar la prisión preventiva del amparado por tres meses más.

Afirma que según el Código Procesal Penal, el juez penal está facultado para ordenar la continuación, modificación o sustitución por otra medida o la libertad del imputado, cuando se ha impuesto prisión preventiva al imputado por más de tres meses, y que existen casos incluso en donde se impone prisión preventiva, hasta por un año, por lo cual su revisión, aún de oficio, debe hacerse cada tres meses, mientras la prisión esté vigente.

Sin embargo, afirma que el Código Procesal Penal no indica que el juez penal esté facultado para prorrogar la prisión preventiva, sin que medie expresa petición del Ministerio Público, por lo que el juzgador no puede hacerlo de oficio, tal como ocurrió en el caso del amparado. Señala que dicho juez decidió prorrogar la medida, anticipadamente, siete días antes y de oficio, porque se aproximaba la Semana Santa y, de esa forma, se dejó al amparado en un grave estado de indefensión y se violó su derecho de defensa, ya que no pudo solicitar una modificación de la prisión preventiva.

Estima el juez recurrido que dicha resolución podía ser dictada aún de oficio por la gravedad del delito y debido a que existe una acusación en contra del imputado. Acota que en la resolución que prorroga la prisión preventiva, se observaron las garantías del debido proceso, del derecho de defensa, del principio de seguridad jurídica que asiste al encartado y de un trámite ágil y acorde con las pruebas evacuadas. Por tanto, solicita que se declare sin lugar el recurso.

¿Estima usted que la posición asumida por el juzgador es la correcta? Sí, no, ¿por qué? ¿Cuál es la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional al respecto?

Decisión del tribunal

[...] debe existir una solicitud expresa del Ministerio Público para que la prisión preventiva pueda ser prorrogada, y como ello no se dio respecto al amparado Gómez Tirado, el Juzgado Penal de Heredia no

podía ordenarlo de oficio. Los poderes del juez tienen algunos límites y la imposibilidad de prorrogar, oficiosamente, la prisión preventiva del encausado, es uno de ellos. La imparcialidad del juez y el principio del juez natural, se lesionan cuando una autoridad jurisdiccional, oficiosamente, prolonga la prisión preventiva, especialmente si el asunto se encuentra en la etapa de investigación preliminar. La imparcialidad de la autoridad judicial se debilita sensiblemente si interviene en resguardo del interés del órgano acusador. Bajo estos supuestos, se conculca una garantía fundamental del poder represivo estatal, tornando ilegítima la privación de libertad del amparado, ya que se fundamenta en una decisión que no podía adoptar el Juez Penal de Heredia, conforme a las razones supra indicadas. Debe recalcar que la máxima garantía a que puede aspirar un imputado, es que un juez competente o natural, cuya jurisdicción es preexistente a los hechos e imparcial, sea quien tome las decisiones procesales que lo afecten, respetando sus derechos fundamentales. Esto ha sido la aspiración de la doctrina de los derechos humanos a lo largo de la historia, en la que se ha establecido que la independencia e imparcialidad del juez, constituyen conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales establecidos en nuestro régimen político. La independencia determina que el juez debe estar solo sometido a la Constitución, a la Ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso, el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley, el respeto a las garantías individuales y la solución justa del caso. En el presente caso, la actuación oficiosa del juez compromete su imparcialidad y la función de tutela de los derechos individuales, contraviniendo la orientación estructural que define el modelo de enjuiciamiento criminal costarricense. En consecuencia, la omisión del Ministerio Público de solicitar la prórroga de la prisión preventiva del amparado, impide que el juez tenga competencia para resolver el punto, por cuanto su imparcialidad e independencia se comprometen al asegurar, oficiosamente, la eficacia de la investigación y de la acción persecutoria del ente requirente.

(Sentencia 3568-05 de las 9:39 hrs. del 1-04-05 de la Sala Constitucional).

Síntesis del caso

En el debate celebrado en la causa que se sigue contra J.C.C.M., por el delito de abusos deshonestos contra una menor de edad, una de las juezas integrantes del tribunal, al interrogar a la madre de la menor ofendida, expresó varias frases que ponían en duda su imparcialidad.

Así, consta en el acta de debate que la juez, mientras interrogaba a dicha testigo, afirmó que no dejaría a sus niños a solas con el encartado, y se consignó en el acta de debate:

*Se hace pasar a la testigo Leyla Odilia Trejos Alvarez, [...] en el momento que era interrogada por la Jueza Ana Emilia Fallas Santana, la Defensora Licda. Thuel Aguilar, presenta recusación contra la Jueza Fallas Santana, ya que según dice dicha profesional la señora Jueza externó criterio en la siguiente situación: La jueza preguntó a la testigo: “Si usted tuviera a la niña con usted, y en un momento determinado tuviera una emergencia, y sólo está él” (refiriéndose al imputado), “¿la dejaría sola a la niña con él?” A lo que la testigo respondió que no. Pregunta nuevamente la Jueza Fallas Santana ¿Por qué? Y respondió la testigo “No sé,” y luego agrega “porque no me sentiría bien con eso”, y la señora jueza dice: **“Yo tampoco lo haría”**.*

Asimismo, le indicó a la testigo que había hecho bien con sacar al imputado de la casa. En virtud de ello, la defensora pública del imputado interpuso un recurso de casación, alegando violación al debido proceso por cuanto estima que la juez adelantó criterio. Solicitó que se anulara la sentencia y que se ordenara el respectivo juicio de reenvío.

Si la Sala Tercera de la Corte le otorga audiencia como fiscal, ¿qué contestaría usted? ¿A su criterio la jueza habría violado el principio de imparcialidad?

Decisión del tribunal

La Sala Tercera de la Corte acogió el recurso de casación interpuesto, señalando lo siguiente:

*Esta Sala considera que **lleva razón la impugnante**. Efectivamente, tal y como se extrae del acta de debate visible a folios 125 frente y vuelto y 126 frente como de la grabación de la audiencia oral y pública, particularmente el cassette 2, lado A, la señora Jueza [...] procedió mientras interrogaba a la testigo L.T.A., a afirmar que no dejaría a sus niños a solas con el encartado [...] La afirmación hecha por la juzgadora adquiere importancia en el tanto el imputado está siendo procesado por el delito de abusos deshonestos. Considerando lo anterior, es evidente que lo mencionado por la señora [jueza] no puede considerarse, aunque así lo afirme ella, una forma de expresar a la testigo su solidaridad con la ambivalencia de sentimientos que la última mostraba en ese instante (f. 126 frente). Aún y cuando la Licda. [...] indique que su expresión fue para que la testigo no se sintiera mal por tener un sentimiento que eventualmente perjudicaría al imputado (f. 126 frente), cierto es que su conducta no es propia de una juez imparcial. Si bien puede ella preocuparse por los sentimientos de quienes participan en el proceso, no se justifica bajo ningún pretexto, poner en riesgo la objetividad que debe caracterizar a quienes administran justicia. En la especie, aún y cuando su deseo no fuese adelantar criterio, con su conducta generó una sospecha de parcialidad. Véase que ya antes de expresar la frase cuestionada por la defensora pública, la señora jueza le había indicado a la citada testigo que “hizo bien” al expulsar al encartado de la casa lo cual, evidencia que la [jueza] había llegado a ciertas conclusiones que no tenían por que ser de conocimiento de las partes a esa altura procesal. Ahora bien, pese a que la [defensora pública] recusó a la juzgadora, gestión que contó con el respaldo del Ministerio Público, los co-jueces avalaron la conducta de su compañera, violentándose con ello el debido proceso y generando un defecto absoluto que debe ser declarado así en esta sede. Bien señala el [...] Fiscal Adjunto de Alajuela al contestar la audiencia conferida al efecto: “[...] faltando aún prueba por inmediar, las conclusiones finales de las partes y la subsiguiente fase de deliberación colegiada, dicha juzgadora procedió de manera innecesaria e intempestiva a externar sus opiniones durante*

el interrogatorio y valoración del testimonio de la señora Leyla Trejos Alvarez. Tal proceder fue irrespetuoso para los actores del plenario sin excepción, pero especialmente para la persona del imputado, pues sin haberse escuchado el resto de la prueba y los alegatos finales de las partes, la jueza Fallas Santana ya había prejuzgado mediante apreciaciones que revelaban su ánimo tendente a otorgar crédito a las versiones de la infante ofendida y testigo Trejos Alvarez. No otra conclusión puede derivarse de las actuaciones de la jueza recusada, pues cuando ésta calificó de correcta o buena la expulsión del imputado de la vivienda de la testigo Trejos Alvarez, así como cuando aseveró que actuaría de la misma manera que la testigo, no confiando el cuidado de una menor al imputado, opiniones todas vertidas dentro del contexto de abusos deshonestos, claramente adelantó su parecer sobre uno de los puntos esenciales del thema probandum propuesto en el juicio.” (f. 183 frente). Por todo lo antes expuesto, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la Licda. Gabriela Thuel Aguilar. Se anula la sentencia venida en alzada y se ordena el respectivo juicio de reenvío. Por innecesario, se omite pronunciamiento respecto del recurso de casación interpuesto por el imputado.

(S 244-00 de las 9:40 hrs. del 3-3-00 de la STC).

Síntesis del caso

De conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Penal, el sentenciado F.M.A. solicita la revisión del fallo condenatorio dictado en su contra por el tribunal de juicio del Primer Circuito Judicial de San José, donde se le impuso la pena de cinco años de prisión por el delito de estafa.

Estima que al momento de realizarse el juicio y dictarse la sentencia, se quebrantó el principio del juez natural. Acusa al respecto que, en primer término, se había designado al “**Grupo 3 Colegiado**” de este tribunal, como el órgano jurisdiccional encargado de realizar el juicio en su contra. Sin embargo, debido que este se encontraba realizando otro debate a la misma hora y fecha del suyo, se procedió con la conformación de otro tribunal, lesionándose así el artículo 35 de la Constitución Política y el principio que cita como quebrantado en esta oportunidad.

¿Estima usted que se ha violado el principio de juez natural con ese cambio de integración? ¿Qué garantiza dicho principio?

Decisión del tribunal

No le asiste razón al sentenciado en sus reproches. En primer término, no es cierto que en la especie se haya quebrantado el principio de juez natural al integrarse el Tribunal de Juicio que conoció de esta causa. Al respecto, cabe recordar que el artículo 35 de la Constitución Política al regular el Principio de Juez Natural lo que pretende es asegurar que el juzgamiento de una persona lo sea tan sólo por los órganos previamente constituidos para tal efecto (“comisión, tribunal o juez”), evitando así que, por arbitrariedad, abuso de poder o por cualquier otra razón, se constituyan tribunales especiales a los cuales se les encomiende de manera particular la resolución o conocimiento de un caso concreto. En otras palabras, el juzgamiento de una persona solo puede producir por los órganos establecidos legal y constitucionalmente para ello; normativa que además se encarga de determinar la competencia y procedimientos que se deben seguir, así como los requisitos que deben presentar los funcionarios que lleguen a integrarlos. Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, esta Sala no observa que en este caso se haya inobservado o quebrantado el principio de juez natural. El sentenciado Francisco Medrano Avellan, distinto a lo que acusa en su queja, desde el inicio del proceso hasta el dictado de la sentencia, estuvo sometido siempre al conocimiento, control y juzgamiento de órganos cuya constitución y competencia había sido previamente establecida por el ordenamiento jurídico. Incluso, en la fase de juicio la institución del juez natural se respeta, no obstante que se procede con la conformación de otro Tribunal diferente al que venía supuestamente conociendo de la causa. Acá, debe recordarse que, aun cuando a nivel interno el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, como también sucede en otras partes del país, se encuentra dividido en grupos de trabajo, dicho órgano jurisdiccional es para todos los efectos uno solo, sea cual sea el número o la cantidad de jueces que en él laboran. La división que a lo interno se produce lo es tan sólo por una necesidad funcional. Con ello se procura, en la medida que sea posible, una adecuada administración de justicia. Bajo esta tesitura la variación de alguno de sus integrantes, en la conformación de los grupos de trabajo, no

afecta en nada el principio de juez natural, ni ninguno de los otros principios constitucionales que gobiernan la materia, como lo sería, por ejemplo, el “**principio de tutela judicial efectiva**”, pues son jueces de la República nombrados previamente para ejercer precisamente la función que se les ha encomendado. Lo dicho encuentra sustento en forma directa en la ley, pues el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que: “Los tribunales colegiados **estarán conformados por el número de jueces que se requieran** para el buen servicio público y actuarán individualmente o en colegios de tres de ellos, salvo que la ley disponga otra forma de integración. **El coordinador distribuirá la carga de trabajo, aplicando los criterios que hayan fijado los jueces con anterioridad y buscando siempre la mayor equidad**” (el destacado es nuestro). Lo fundamental es la existencia de un Tribunal, colegiado o unipersonal, con facultades suficientes a nivel legal y constitucional para juzgar los hechos que le hayan sido sometidos a su conocimiento. Sobre el particular resulta de interés retomar, a mayor abundamiento de lo acá expuesto, lo que nos refiere el profesor Hernández Valle al respecto, al decir que: “Este principio se conoce con el nombre de juez natural, es decir, aquel creado conforme a los principios constitucionales y que es competente para conocer todos los casos y respecto de todas las personas. En otros términos, este principio prohíbe la creación de tribunales para que se conozcan determinados casos o se juzguen a una o varias personas en particular. En virtud de este principio, sólo los tribunales creados legalmente y con anterioridad a la realización de hecho sometidos a su conocimiento, pueden resolver de los asuntos señalados como propios en su ley de creación. Dentro de este contexto, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley”. Este principio implica, dentro del ámbito penal, que el imputado debe ser juzgado por un juez competente; que se deben respetar las reglas de la competencia fijadas por el Código de Procedimientos Penales (Art. 13 a 28), el Código Penal (artículos 5, 6 y 7) y por la ley número 5711, denominada Ley Especial sobre la Jurisdicción de los Tribunales” (HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “**El Derecho de la Constitución**”, Volumen II, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1993, p.

449, en sentido semejante **ANTILLON**, Walter, “**Teoría del proceso jurisdiccional**”, Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2001, p. 404). Aunado a lo anterior, tenemos lo resuelto por la Sala Constitucional al evacuar la consulta preceptiva ordenada en esta causa. En esta resolución queda claro que no se quebranta, violenta o inobserva el principio de juez natural al variarse la conformación de un Tribunal por uno o varios de los jueces que lo integran, pues “La estructura plural de un tribunal, conforme lo autoriza la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo (Art. 3), al disponer, que los tribunales deben tener el número de jueces que demande el buen servicio, no atenta contra el principio de juez natural; en razón de ello cualquiera de los que integran el tribunal puede válidamente participar en la conformación que se requiere para conocer de un caso concreto y su separación sólo está autorizada cuando se demuestre la existencia de un motivo de inhibitoria o recusación” (**SALA CONSTITUCIONAL**, voto n.º **10822**, de las 14:55 hrs. del 6 de diciembre del 2000).

(S 368-01 de las 14:05 hrs. del 24-04-01 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor del imputado presentó un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a cinco años de prisión por el delito de venta de droga en daño de la salud pública.

Como uno de los motivos del recurso, se alegó que el allanamiento por medio del cual se decomisó la droga fue realizado por el juez contravencional, y que la marcación de billetes se efectuó sin que existiera ninguna razón para que no actuara el juez penal, dado que se venían efectuando vigilancias, desde días antes y no se menciona ni justifica en la petición que existiera un caso de urgencia.

¿Considera usted que el juez contravencional requiere delegación expresa del juez penal para realizar diligencias? ¿En qué casos se faculta su actuación?
¿Estima que se violó el principio de juez natural?

Decisión del tribunal

La primera circunstancia a considerar es si el Juez Contravencional requiere para el caso concreto, delegación expresa del juez penal. El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: “En las circunscripciones en las cuales no exista juzgado penal, el juez contravencional podrá realizar –en casos urgentes– los actos jurisdiccionales de procedimiento preparatorio y, de inmediato y por cualquier medio, lo comunicará al juzgado penal. En esos eventuales supuestos, el juez contravencional actúa por delegación y, el juez penal, deberá tomar las disposiciones necesarias para esa delegación y respecto del control de las actuaciones; también, de ser necesario, podrá dirigirlas personalmente. La Corte establecerá cuáles juzgados contravencionales tendrán el recargo de competencia referido en el párrafo anterior”. De acuerdo con esta norma, dos son los presupuestos para que el juez de contravenciones pueda actuar en funciones de juez penal: 1.- que haya sido autorizado por la Corte; 2.- que se trate de un caso de urgencia. En relación al presente asunto, el Juez Contravencional de Tilarán puede actuar por delegación, en situaciones de urgencia, ya que por acuerdo de Corte Plena, en Sesión # 43-97 de 22 de diciembre de 1997, se estableció que tendrá ese recargo. No se trata, como se indica en el recurso, de una delegación que deba hacer en el caso concreto el juez penal, sino es una delegación establecida por la ley, en el artículo 118 mencionado. La misma redacción de esa numeral indica que no hay delegación en cada caso, al señalar que el Juez Contravencional, cuando realiza actos jurisdiccionales, de inmediato y por cualquier medio lo comunicará al juez penal. Si éste hubiera delegado en aquél esos actos, no tendría sentido que el juez de contravenciones le comunique que está realizando esos actos. Una vez que el juez penal ha sido enterado de las actuaciones del Juez Contravencional, deberá tomar las disposiciones pertinentes o asumir la dirección. No sería lógico tener previsto en la ley la delegación para los casos de urgencia, que tiene como causa precisamente que el juez penal no puede actuar de inmediato en razón de la distancia, y al mismo tiempo exigir que se le comunique a él la situación y esperar hasta que delegue la realización de los actos jurisdiccionales, en lugares que por su lejanía muchas veces no cuentan con medios de comunicación adecuados. Además, antes de delegar, el juez penal tendría que valorar la urgencia de la diligencia a realizar, para

poder autorizar la actuación del Juez Contravencional, lo que atentaría contra la solución inmediata que la urgencia requiere. Es por ello que se establece que el Juez Contravencional actúe y comunique su actuación al Juez Penal, quien en adelante decidirá lo pertinente. Se está ante una delegación establecida por ley, por lo que no se necesita de resolución alguna para cada caso, como se pretende en el recurso. II.- La otra situación a examinar en el presente caso, es si se trataba de un caso de urgencia. El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la actuación del Juez Contravencional en casos de urgencia, únicamente. En el caso bajo examen no se indicó, al hacer la solicitud a dicha autoridad, las razones por las cuales se pedía su intervención y no la del Juez Penal de Cañas. No se acredita, ni siquiera se menciona, que los actos debían ser realizados de inmediato. Se observa que el operativo se venía efectuando desde días atrás, pues consta que ya desde el 25 de setiembre se vigilaba la casa del acusado. En dos ocasiones se solicita al juzgado contravencional la “marcación” de billetes y el allanamiento de la casa del justiciable, el cual se concede (ver folios 6 a 18 y de 19 a 30), uno para el 3 y otro para el 5 de octubre, realizándose sólo un allanamiento en la última fecha mencionada (folios 32 y 33). La urgencia requerida para la actuación del Juez Contravencional, ni se justifica ni aun se menciona en la petición, ni se deriva del informe policial. Como motivo de excepción para que pueda actuar la autoridad delegada, debe sustentarse en forma debida que los actos a realizar son de urgencia, lo que no se hizo en este caso, y por tanto la actuación del Juez Contravencional no resulta legítima, como tampoco la prueba que a través de ella se obtuvo.

(Sentencia 874-02 de las 9:20 hrs. del 6-12-02 de la Sala Tercera de la Corte. Sobre el mismo punto, puede consultarse la sentencia 240-03 de las 10:00 hrs. del 9-04-03 de la Sala Tercera de la Corte).

Síntesis del caso

El tribunal de juicio dictó sentencia absolutoria por considerar que el delito de tenencia y portación ilegal de armas permitidas no fue acreditado por no aportarse ni ofrecerse como prueba, la certificación del Departamento de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, donde se hiciera constar que el imputado carecía del permiso respectivo.

El fiscal interpone un recurso de casación, alegando inobservancia del principio de libertad probatoria, conforme con los artículos 39 de la Constitución Política, 1, 139, 142, 175, 176, 178, 180, 184, 208, 324, 336, 353, 363, 365, 369 y 450 del Código Procesal Penal. Señala que la sentencia incurre en el vicio de preterición de prueba, pues establece la imposibilidad de atribuirle la conducta realizada (la cual constituye un delito) al imputado por la falta de una simple certificación, donde se haga constar que el acusado no cuenta con permiso para portar armas de fuego, y estipula que la ausencia de este documento esencial es responsabilidad exclusiva del ente acusador.

Es criterio del recurrente que esta circunstancia es una clara preterición de prueba por parte del tribunal de instancia, donde no puede alegarse que el Código Procesal Penal minimice o exonere de responsabilidad al tribunal en la búsqueda de la verdad real, pues si se ha entendido que el proceso, como el conjunto de actuaciones dirigidas a reconstruir el hecho, hasta donde la prueba lo permita, es decir, que su objeto es la averiguación de la verdad real. A tal cuestión, están obligados, en primer orden de ideas, el tribunal juzgador y luego todos los sujetos procesales que participan en él. Pero la principal responsabilidad es de los juzgadores, y para ese cometido, están autorizados, inclusive de valerse de la Fuerza Pública.

¿Qué opina de la actuación del fiscal? ¿Estima que tiene razón en sus argumentos?

Decisión del tribunal

El reclamo se declara sin lugar. La existencia del vicio de preterición de prueba por parte del juzgador conlleva, ineludiblemente, a una motivación ilegítima por prueba omitida. En este sentido, se presenta tal defecto cuando el tribunal de instancia omite la consideración de prueba decisiva introducida al debate, como también si omite producir elementos probatorios decisivos a su alcance. En el presente caso, el juzgador de instancia considera que no se logra conformar uno de los elementos del tipo penal por la ausencia de prueba decisiva para ello, como lo es, la respectiva certificación que acredite la no existencia de permiso al imputado para la portación de armas permitidas. Esta circunstancia, en efecto, es parte de la acción típica descrita en el numeral 88 de la Ley de Armas y Explosivos, # 7530, al indicarse en

el párrafo segundo la demostración de que “[...] no se cuente con el respectivo permiso”, aspecto que debe ser demostrado por la parte acusadora, en este caso, el Ministerio Público. Parece ser que el fiscal recurrente, no tiene claro el rol y funciones de ente acusador dentro del proceso penal moderno, pues pretende que el tribunal asuma las funciones que le competen a la parte acusadora y enmienda las omisiones de su actuación durante la investigación, así como en la etapa de juicio. La figura del juez dentro del proceso penal que describe el actual Código Procesal Penal ha abandonado aquella función inquisitiva, para pasar, con gran acierto, a formar parte de un sistema acusatorio, donde su intervención dentro del desarrollo de la investigación y al momento del debate, es la de juez de garantías, así como director del proceso mas no con una participación activa, como lo sería proponiendo prueba y haciéndola llegar, con utilización de sus facultades de imperio. Lo que dista al actual proceso penal moderno de un sistema acusatorio puro, es la no existencia del tribunal de jurado –sea popular o escabino-, por lo cual, la actuación del juez debe de ser pasiva y de simple espectador, donde el Ministerio Público, como parte acusadora, debe procurar fundamentar la responsabilidad criminal –juicio de culpabilidad– del imputado con el ofrecimiento y oportuna evacuación de la prueba que se dirija a ello, pero no esperar que sea el tribunal sentenciador el que supla, por la inercia o incuria del ente acusador, la incorporación de prueba básica y esencial para procurar la condena del sujeto sometido a proceso. Es claro que la carga de la prueba la lleva el fiscal del Ministerio Público, especialmente cuando previamente ha acusado la comisión de un hecho delictivo, y a él corresponde convencer al tribunal de la responsabilidad criminal del imputado; pensar en forma contraria, y pretender que el tribunal sea el que supla las deficiencias de una incorrecta investigación o participación en la audiencia de debate, es regresar en el tiempo y actual desarrollo del proceso penal, desconociendo la presente naturaleza del juez dentro de un sistema mixto moderno, inmerso en un sistema acusatorio más que inquisitivo. El defecto que se apunta por el recurrente no existe, aunque si es evidente una falta de diligencia por parte del Representante del Ministerio Público, lo cual puede generar responsabilidad funcional de su parte. Aunado a lo anterior, al juzgador de instancia nunca se le indicó, al momento del debate, lo necesario de dicha prueba, dejando de lado el fiscal la misma y pretendiendo

el dictado de una sentencia condenatoria en contra del imputado sin contar con los elementos de prueba básicos para dar sustento a su acusación. Por lo expuesto, el motivo se declara sin lugar.

(S 580-03 de las 10:50 hrs. del 20-06-03 del TCP).

3.4 INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA

El derecho a la defensa en juicio deriva del principio de dignidad humana y de las exigencias de un juicio justo y legítimo conforme al Estado de derecho. Cumple dentro del proceso penal, un papel particular:

[...] por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal⁶¹.

El Ministerio Público, por ser el órgano donde descansa la responsabilidad de ejercer la acción penal y por llevar a cabo el procedimiento preparatorio, debe ser muy estricto y cuidadoso en lo que se refiere al respeto del derecho de defensa que constituye un límite de su actuación, por cuanto, una violación a los derechos del imputado puede repercutir negativamente en el curso del proceso y dar al traste con toda una investigación, en detrimento de las víctimas del delito y por supuesto del propio imputado, a quien se vulneraron sus derechos.

El principio de defensa se encuentra dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, en cuanto señala que a nadie se hará sufrir pena, sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, *“previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa”*. Así como en lo señalado en el artículo 41, en cuanto establece *“Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con*

61 Binder, óp. cit., p. 155.

las leyes". Se sustenta también en lo previsto en el artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que indica que *"Toda persona, acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública [...]"*; en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶² y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³ que prevén como derechos de todo imputado, el derecho a tener un traductor, el derecho a la intimación e imputación, el derecho a la defensa material, el derecho de interrogar a los testigos, de estar presente en la recepción de la prueba, de ofrecer prueba de descargo, de tener los medios y tiempo necesario para preparar la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo.

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

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

63 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

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

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que el derecho de defensa forma parte del debido proceso, y lo describe de la siguiente manera:

El derecho de defensa en sí: También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) .g) del párrafo 2º. y de los párrafos 3º. y 5º. del artículo 8º. de la Convención Americana, de todo lo cual resulta una serie de consecuencias, en resumen: el derecho del reo de ser asistido por un traductor e intérprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso, también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada –conforme al artículo 44 de la Constitución Política–, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso, tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, deben ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen, etc., el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material –como la muerte del testigo–; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. Cabe advertir, asimismo,

que el de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquier que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan.

(S 1739-92, de las 11: 45 hrs. del 01-07-99 de la SC. En el mismo sentido, la sentencia 1759-00 de las 15: 09 hrs. del 23-02-00, de la misma sala, entre muchas otras).

El artículo 12 del Código Procesal Penal establece como inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con esta afirmación, no se hace referencia al imputado, sino a todas las partes del proceso. En relación estrictamente con el imputado y su defensa, señala esta norma que con las excepciones previstas en el código, este tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Asimismo dispone que toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el derecho internacional y el comunitario vigentes en Costa Rica y el propio Código Procesal.

El derecho de defensa se debe reconocer desde la primera actuación policial o judicial que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él (artículos 13 in fine, 81 y 82 inciso c) del Código Procesal Penal) y ha de respetarse a lo largo de todo el proceso, incluyendo la fase de ejecución penal.

En este sentido, resulta importante recordar el principio de objetividad que debe orientar la función del fiscal, dado que la investigación no solo debe orientarse a la búsqueda de prueba que incrimine al imputado, sino también a determinar las circunstancias que favorezcan su absolución (artículos 6, 63, 274 y 285 del CPP).

El derecho de intervención del imputado en los actos procesales que incorporen elementos de prueba atiende a su derecho a fiscalizar la legalidad de los mismos, a fin de corroborar que se realicen respetando sus derechos y reglas establecidas, así como a efectuar las observaciones o reclamos que considere oportunos. En atención a este derecho, se establece que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las normas que garantizan la intervención, la asistencia y la representación del imputado en el proceso (artículos 175 y 178 del CPP).

El artículo 292 del CPP señala que el Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique; asimismo, velará porque su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades⁶⁴. Esto es fundamental, sobre todo tratándose de determinados actos en los que se requiere la participación del imputado y su defensa, como por ejemplo, en los supuestos del anticipo jurisdiccional, donde de conformidad con lo dispuesto en el artículo 293 del CPP, debe citarse a todas las partes, quienes tendrán el derecho de asistir e intervenir, con las excepciones que prevén los artículos 294⁶⁵ y 296 que son aquellos casos de extrema urgencia, en los que se ignore la identidad del imputado, en los que de todas formas, si se considera necesario, se realizarán en presencia de un defensor público o en los que el Ministerio Público haya dispuesto el secreto de las actuaciones.

64 Sobre este particular, se pronunció la Sala Constitucional en la sentencia 11251-03 de las 14:54 hrs. Del 1-10-03, señalando que cuando el artículo 292 del Código Procesal Penal se refiere a que se debe permitir la presencia de las partes, esto implica su participación activa en el normal desarrollo de las actuaciones que realice el fiscal. No implica esto que el Ministerio Público tenga la obligación de dar aviso a las partes cuando vaya a realizar actos de investigación para garantizar su presencia; *“Es claro que –salvo en los casos en los que expresamente se prevé su intervención– el Fiscal puede realizar los actos de investigación por sí solo, pues lo que se tutela en este caso es la facultad de ejercer el derecho de defensa en casos en los que –como éste– resulta claro el deseo de participar en la obtención de prueba. Una interpretación contraria, ocasionaría entorpecer la actuación del Ministerio Público en la fase de investigación, pues se convertiría esta etapa en un trámite engorroso en el que para cada actuación que se realice, se le debe dar audiencia a las partes”*.

65 *“El aserto de que el derecho del imputado de estar presente en el anticipo es irrenunciable, no es compartido por la Sala. El propio artículo 294 del Código Procesal Penal permite la práctica de los anticipos jurisdiccionales de prueba incluso cuando se ignore quién podría ser el acusado y, en el evento de que ya exista una persona en el proceso que revista tal condición y sea asistido por un defensor particular, la norma autoriza prescindir de las citaciones en casos de urgencia y que, de ser necesario, se designe un defensor público que participe en el acto. Dicho en otros términos, la comparecencia del encartado y de su defensor no es un requisito indispensable para la validez del anticipo probatorio y las facultades de aquellos de intervenir ceden excepcionalmente en las hipótesis de urgencia comprobada. Desde luego, lo propio es que se agoten los medios disponibles para asegurar esa intervención [...]”* (Sentencia 260-06 de las 16:45 hrs. del 27-03-06 de la STC).

En el caso de la práctica del allanamiento, la Sala Tercera ha señalado que dadas la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y, solo en caso de que se estime necesario, se solicitará la intervención de un defensor público.

De todas formas, aun cuando exista un imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación, debe prescindirse de convocar al defensor asignado, ya sea público o particular. En estos casos, puede designarse un defensor público para que asuma la representación del encartado, exclusivamente para esa diligencia, en el entendido de que de inmediato, las actuaciones jurisdiccionales deberán ponerse en conocimiento del letrado escogido por el imputado o asignado por la defensa pública. (S 965-05 de las 9:40 hrs. del 26-08-05 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 1453-99, 1114-99 y 1331-04 de la misma sala).

La práctica de la diligencia, por antonomasia, exige la no puesta en conocimiento previo de su realización al imputado y a su defensa técnica. Además, en casos de urgencia bastará con la presencia del juez, quien es el encargado de resguardar los derechos fundamentales y de vigilar y controlar las actuaciones de la Policía y el fiscal. (S 1117-03 de las 9 05 hrs. del 5-12-03 de la STC). Claro está, con posterioridad a la diligencia, deberá ponerse en conocimiento del imputado y su defensa⁶⁶.

El derecho de intervención supone también la presencia y participación del imputado en el juicio oral y público, fase del proceso donde el principio del contradictorio adquiere mayor relevancia, por ser el escenario donde se debe producir la prueba, a partir de la acusación formulada.

En cuanto al derecho de petición, el imputado tiene el derecho de formular ante la autoridad judicial o el Ministerio Público, todas aquellas observaciones y peticiones que considere oportunas para hacer valer su derecho de defensa,

66 En relación con este tema, el magistrado Gilbert Armijo, en la sentencia 2008-2114, salvó el voto al considerar que no se justifica que el defensor del imputado no esté presente en la realización del allanamiento y que la ausencia del defensor implica una violación al debido proceso y defensa del imputado.

incluso, en los casos en que se encuentre privado de libertad, y podrá hacerlo a través del encargado de custodiarlo, quien obligatoriamente deberá transmitir al tribunal u órgano fiscal, las peticiones u observaciones dentro de las doce horas siguientes. Las peticiones pueden incluir, desde luego, el ofrecimiento de prueba de descargo que la autoridad está en la obligación de recabar, a no ser de que la considere innecesaria o abundante. Asimismo, toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación se encuentra en la obligación de informarle al imputado acerca de los derechos que tanto el derecho interno como los instrumentos de derecho internacional le confieren (artículo 82 del CPP). El imputado y su defensa tienen derecho a que se les confiera audiencia no solo respecto de la acusación establecida en su contra, sino también de todos los actos y resoluciones del proceso. Además, el imputado tiene derecho a ser escuchado en todo momento del procedimiento y a examinar las actuaciones, directamente o por medio de su defensor.

En el caso de las declaraciones rendidas por coimputados a quienes se les ha aplicado un criterio de oportunidad, la Sala Constitucional señaló que el hecho de no ponerlas en conocimiento del imputado, mientras no se hayan incorporado al debate, no lesiona el principio de defensa:

Acusa el recurrente que la Fiscalía de Heredia se niega a facilitarle el acceso a los acuerdos celebrados por el Ministerio Público con los señores L.B.G. y J.G.G.R. en aras de una eventual solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad. Sobre este tema en particular, ya la Sala se ha pronunciado por semejantes reproches y en lo conducente se ha dispuesto: “[...] El accionante alega además que las autoridades recurridas le impiden tener acceso a la prueba recabada en contra de los amparados, a saber, el organigrama confeccionado por el Ministerio Público sobre las hipótesis de investigación y las declaraciones rendidas por otros coimputados en aplicación del criterio de oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal. Evidentemente, el principio de la inviolabilidad de la defensa constituye un elemento integrador de la garantía del debido proceso, del cual se deriva el derecho de participación del imputado. Consecuentemente, el sujeto hacia quien se dirige el ejercicio de la acción penal, tendrá la facultad de participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo en aquéllas en las que se producirán los elementos probatorios que servirán de base a la acusación y,

ulteriormente a la sentencia que resolverá definitivamente la situación. No obstante, conviene precisar que el derecho de participación del imputado en los actos procesales no es de naturaleza absoluta e irrestricta, pues está limitado por el deber de lealtad de las partes, establecido para garantizar la igualdad entre los sujetos procesales. Ahora bien, el criterio de oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, tiene como finalidad la eficaz represión de la delincuencia de mayor reprochabilidad, dentro del contexto de la política criminal del Estado. En consecuencia, la actuación del Ministerio Público, en el sentido de no permitir el acceso de la defensa al legajo que contiene las declaraciones de los imputados, recabadas en aplicación del artículo 22 inciso b), no atenta por sí misma contra el derecho de defensa, mientras la negativa se sustente en la necesidad de garantizar la igualdad de las partes y la efectividad de la colaboración brindada por el imputado que se acoge al criterio de oportunidad. Por lo tanto, tratándose de las declaraciones rendidas en los términos del artículo citado, es admisible durante la etapa preparatoria del procedimiento imponer una limitación al derecho de participación de los otros imputados que no se acogieron al criterio de oportunidad en cuestión, siempre que tal limitación no constituya una restricción al derecho de defensa. De esta forma, mientras las declaraciones recibidas con fundamento en este criterio de oportunidad, no sean incorporadas al proceso de conformidad con las reglas establecidas a tal efecto en el Código Procesal Penal, carecerán de valor probatorio, y por lo tanto, podrán ser de conocimiento exclusivo del Ministerio Público.” (Sentencia número 04142-1999 de las catorce horas cincuenta y un minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve. La negrita no pertenece al original). De conformidad con lo expuesto no se violenta el derecho de defensa con la denegatoria de acceso a las declaraciones de co-imputados beneficiados con el principio de oportunidad aun no incorporadas al proceso de acuerdo con las reglas que establece el Código Procesal Penal.

(S 761-04 de las 8:32 hrs. del 20-02-04 de la SC).

En cuanto al acceso del imputado al expediente y legajo paralelo, la Sala Constitucional ha señalado que existe la obligación de facilitarlos, a fin de hacer efectivo el derecho de defensa, con excepción de los casos donde se haya declarado el secreto de las actuaciones:

[...] se le recuerda a la Fiscal recurrida que si existen expedientes paralelos deben ponerse a disposición del defensor, pues éste debe contar con la información indispensable para asegurar la defensa y no ser sorprendido con prueba o elementos desconocidos. No está de más agregar, que el derecho que tienen las partes de examinar las actuaciones, abarca no sólo al legajo principal o de investigación (elaborado por el Ministerio Público con el fin de preparar su acusación, tal y como señala el artículo 275 del Código Procesal Penal), sino también al legajo paralelo que contiene todas las diligencias practicadas por el Fiscal a cargo del caso y que no son susceptibles de ser incorporadas como prueba válida al juicio. Existe entonces para el Fiscal la posibilidad de declarar el secreto total o parcial de las actuaciones -legajos- en la medida que su publicidad pueda entorpecer la investigación. Tales medidas deben ser siempre motivadas, razonadas, fundamentadas con base en las circunstancias que rodean el hecho y los elementos probatorios con los que cuenta el Fiscal en esa etapa del proceso.

(S 11907-05 de las 8: 30 hrs. del 2-09-05 de la SC. En el mismo sentido, la sentencia 89-99 de las 9: 09 hrs. del 8-01-99 de la misma sala).

Sobre ese tema, el doctor Javier Llobet apunta:

Debe tenerse en cuenta que el derecho de informarse del contenido de las actas tiene una gran importancia para el ejercicio efectivo de la defensa material y de la defensa técnica del imputado, ya que con el estudio de dichas actas podrán informarse de la situación probatoria existente, de modo que la defensa se adecue a la misma. Ello tiene gran importancia, por ejemplo, antes de que el imputado decida si declara o se abstiene de declarar, ello para tomar la decisión al respecto, lo mismo que para considerar el contenido de la declaración. Por otro lado, al informarse de la prueba de cargo existente se puede determinar qué prueba de descargo es importante para ofrecerla oportunamente.

Igualmente sabiéndose, por ejemplo, los testigos que existen en contra, podrá realizarse una investigación sobre los mismos, ello para determinar su credibilidad, a lo que se agrega la posibilidad de que la defensa del imputado entre en contacto con los testigos para saber qué es lo que saben sobre el hecho investigado, todo dentro del marco de respeto de los mismos y sin ninguna amenaza ni engaño a ellos⁶⁷.

3.4.1 EL DERECHO DE DEFENSA MATERIAL

El derecho de defensa es un derecho del imputado que este debe poder ejercer personalmente. A esto se denomina defensa material, la cual se concreta primordialmente a través de lo que se conoce como el derecho a ser oído o el derecho a declarar en el proceso.

El imputado tiene el derecho de presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o la resolución del caso. Se trata de un derecho y no de una obligación, por lo que la declaración del imputado debe ser libre y voluntaria. Para ejercer su defensa material, el imputado requiere ser informado detalladamente de los hechos que se le atribuyen, su calificación jurídica y la prueba que existe en su contra.

El imputado ejerce autónomamente su derecho a la defensa, conforme puede desprenderse de lo dispuesto en el artículo 100, párrafo segundo del CPP, el cual señala que la intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

El artículo 91 del CPP refiere que cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación le recibirá la declaración. En los casos en que el imputado haya sido aprehendido, se le deberá recibir la declaración inmediatamente o, a más tardar, en el plazo de 24 horas contadas desde su aprehensión, con la excepción de los casos en que se prorrogue,

67 Llobet, Javier. Derecho Procesal Penal, tomo III, pp. 83-84.

porque el imputado lo requiere para que comparezca el defensor de su confianza. Además, el artículo 309 establece que la acusación o la querella no se trasladará al tribunal del procedimiento intermedio, si antes no se le ha dado la oportunidad al imputado de rendir declaración. El imputado tiene derecho a declarar cuando lo estime indispensable, siempre que su declaración sea pertinente.

En cuanto al valor de la declaración del imputado, se ha resuelto que la misma no solo es un medio de defensa, sino además un elemento probatorio que debe ser analizado conforme a las reglas de la sana crítica en conjunto con las demás probanzas (sentencia 533-04 de las 8:55 hrs. del 21-05-04 de la Sala Tercera de la Corte). En relación con la aceptación de los cargos por parte del imputado se indicó que:

[...] sería absurdo no poder tomar como fuente incriminante la declaración de quien, en uso de su libre albedrío, decide aceptar los cargos, sin que se haya ejercido presión o compulsión alguna en su contra.

(S 454-01 de las 9: 33 hrs. del 18-01-01 de la STC).

La Sala Constitucional ha establecido que el imputado puede presentar su declaración por escrito o en versión electrónica al momento de la indagatoria (sentencia 2002-4242). Asimismo, ha señalado que en el juicio oral y público, el imputado, si así lo desea, puede solicitar que se incorpore la declaración que vertió en la etapa preparatoria y puede abstenerse de declarar en la audiencia, en ejercicio de su derecho a la defensa material que debe reconocérsele en forma amplia.

Si bien es cierto, la intermediación, favorecida por la oralidad, constituye uno de los principios esenciales del proceso que solo en circunstancias muy calificadas puede excepcionarse, no deben perderse de vista la particular y especial condición del acusado en el proceso y la amplitud con que debe reconocerse el ejercicio de su defensa material, siempre que ello no signifique producir pruebas o realizar actos abiertamente ilegales ni que se perjudiquen los derechos de las demás partes que intervienen.

A pesar de que no existe ninguna normativa que así lo disponga, el tribunal no puede negarse a la solicitud de incorporar la declaración, por cuanto si se niega, vulneraría su derecho de abstenerse a declarar. Sostiene la Sala Tercera que

siendo el derecho de abstención un acto propio de libertad, es a la voluntad individual del imputado a la que cabe exclusivamente decidirlo, sin coacción de ninguna naturaleza ni siquiera de su propio defensor. El defensor ejerce su consejo técnico, pero el imputado es libre de acogerlo o no. Claro está, la declaración que puede incorporarse es la que se rindió ante autoridad competente y cumpliendo con las formalidades de ley.

(S 888-02 de las 8:45 hrs. del 13-09-2002 y 1264-02 de las 9: 45 hrs. del 13-12-02 de la STC).

Sea que el imputado declare de viva voz en la audiencia, o bien solicite se incorpore su versión rendida en la fase de investigación, ambas son manifestaciones concretas de su derecho de defensa material y además expresiones de su derecho de tutela judicial efectiva –a ser oído y a encontrar respuesta a los planteamientos– consagrados constitucionalmente [...].

(S 533-04 de las 8 55 hrs. del 21-05-04 de la STC).

Otra de las expresiones del derecho de defensa material es constituida por las manifestaciones que rinde el imputado en la clausura del debate (artículo 358 del CPP), las cuales se ha estimado que deben ser incluidas y valoradas en la fundamentación de la sentencia, tanto en su parte descriptiva como intelectual, dado que forman parte del derecho del imputado a ser oído. (S 1220-04 de las 10: 50 hrs. del 22-10-04; 822-03 de las 10: 50 hrs. del 22-09-03 y 244-04 de las 9: 25 hrs. del 19-03-04 de la STC).

3.4.2 EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

Para reforzar el derecho de defensa y equilibrar la situación del imputado en el proceso, se establece el derecho a la defensa letrada que es la asistencia jurídica que un abogado graduado le brinda, interviniendo durante todo el proceso.

El artículo 13 del Código Procesal Penal prevé el derecho a la defensa técnica al indicar que desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada, para lo cual, podrá elegir a un defensor de su confianza. Indica, además, que si el imputado no elige a un defensor de su confianza, se le

asignará de oficio un defensor público. El artículo 93 señala que antes de que el imputado declare sobre los hechos, se le requerirá el nombramiento de un abogado, si no lo tiene, para que lo asista y se le informará que puede exigir su presencia y consultar con él todo lo relacionado con su defensa. Si el defensor no comparece o el imputado no lo designa, se le proveerá inmediatamente de un defensor público. El artículo 100 refiere que cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, el imputado podrá defenderse por sí mismo, pero esto deberá decidirlo el tribunal, garantizando que el imputado en realidad se encuentra en capacidad de ejercer óptimamente su defensa.

El artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Defensa Pública proveerá un defensor público a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa deberá advertirle que, si se demuestra que tiene solvencia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juez.

Debe tenerse claro que el papel del defensor en el proceso es ser asistente directo del imputado, no del juez ni de la justicia. Su misión y actuación conforme a las reglas éticas deben ceñirse a defender los intereses del imputado, con lo que contribuye a garantizar que el proceso responda a las exigencias del Estado de derecho y a la igualdad de armas. El defensor tiene el derecho de participar en todos los actos del proceso. Su función principal consiste en resguardar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, ofrecer elementos de prueba a los jueces y a los fiscales, participar en los actos donde se produce prueba y controlar su desarrollo, así como interpretar la prueba y el derecho conforme a las necesidades del imputado.

Sobre la importancia del papel que cumple el defensor técnico durante el proceso, en la tutela de los derechos y garantías del imputado, la Sala Constitucional ha señalado:

De nada sirve una declaración formal de derechos a favor de los ciudadanos sindicados como presuntos responsables de la comisión de un hecho ilícito, en tanto se reconocen principios tales como el de legalidad, la presunción de inocencia, la debida fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales, etc., si no se cuenta con un canal efectivo que los pueda efectivizar realmente en todo el procedimiento; canal que lo constituye el derecho de defensa, partiendo de la facultad concedida

al acusado de gozar de la asistencia letrada durante todas las fases del proceso. En este sentido, es que se ha dicho que los elementos integrantes del derecho defensa y contenidos en el artículo 93 del Código Procesal Penal (derecho de participación, derecho de petición o acceso a la justicia y derecho a la comunicación, ya comentados), son garantías que el proceso otorga por sí, pero las demás, tienen un cierto carácter estático hasta que el defensor las pone en marcha, es decir, las torna reales y efectivas a favor del imputado, motivo por el cual su función es realmente esencial en el proceso penal, en tanto se constituye en el custodio de las garantías previstas dentro del proceso, en beneficio del imputado, a fin de que efectivamente se cumplan. Es así, como se concluye que respecto del sujeto pasivo del poder penal del Estado, una de las garantías esenciales del derecho de defensa es la asesoría y asistencia de un abogado defensor, responsable del cumplimiento de los instrumentos procesales y penales que están a su disposición. En la forma como está estructurado el proceso penal (de corte acusatorio con el fortalecimiento del principio de contradictorio, de oralidad, publicidad, inmediación, libre convicción en la apreciación de la prueba respecto a las reglas de la sana crítica, igualdad de oportunidades), que es importantísima la participación activa del defensor, en tanto demanda una verdadera asistencia técnica y con mucho más dinamismo que en el sistema anterior, lo que resulta consecuente con los deberes de información, asesoría, acercamiento, comunicación constante y representación del imputado, que integran la defensa. Debe tenerse en cuenta que a pesar del garantismo que informa a los nuevos procedimientos, están diseñados para ser más expeditos; motivo por el cual la defensa no debe limitarse a la posibilidad de interponer recursos, sino que se compele —en la forma de una verdadera exigencia— al abogado defensor a utilizar el momento procesal que le brindan las audiencias orales para concretar con eficacia su estrategia de defensa; de donde nace la necesidad de su asistencia a las mismas (artículo 318 del Código Procesal Penal). La presencia del abogado defensor es fundamental en todo el proceso, desde las diligencias iniciales —en la investigación policía—, momento en que debe intimidarse al imputado y ponérsele al conocimiento de sus derechos y garantías constitucionales y procesales; presencia que mantiene su importancia en toda el transcurso del proceso, y que adquiere su máxima repercusión en el debate, donde se proporcionará

la base para la decisión. Se imponen ciertas obligaciones para el abogado defensor, como lo son el litigar con lealtad a su cliente y buena fe; evitar planteamientos dilatorios o meramente formales; y evitar cualquier abuso de las facultades que la legislación procesal le confiere; deberes que tienen que ver con los principios éticos de acatamiento obligatorio para todo profesional en derecho, cuya inobservancia puede acarrear el ejercicio del régimen disciplinario en su contra (procedimiento establecido en los artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal en los casos de mala praxis, o abandono injustificado de la defensa). En este sentido debe resaltarse que la defensa en los procesos penales adquiere una connotación muy especial, y es la obligatoriedad de su ejercicio por parte del abogado que acepta la representación de un imputado en una causa penal, precisamente en virtud de las eventuales consecuencias que puedan traer en su perjuicio (privación de libertad dictada por sentencia condenatoria). La obligatoriedad de la defensa se aplica tanto a la de oficio (defensa pública) como a la ejercida por un abogado particular, en tanto tienen un mismo objetivo: el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales a favor del imputado.

(Sentencia número 2000-01759 de las 15:09 hrs. del 23-02-00).

Asimismo, ha dispuesto:

En relación con el principio de inviolabilidad de la defensa tiene gran importancia también la garantía de la defensa técnica del imputado, como forma de equilibrar su posición frente al Ministerio Público. Constituye uno de los derechos esenciales del imputado desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de sentencia, e implica contar con la asistencia técnica de un abogado defensor, escogido por él mismo o en su defecto, por un defensor público asignado por el Estado. En efecto, el derecho de asistencia técnica letrada constituye uno de los elementos integradores del derecho de defensa de los imputados, pues el defensor es el responsable de velar por el cumplimiento de todas las garantías previstas en el ordenamiento, en beneficio del imputado (ver al respecto, voto 00-1759 Sala Constitucional). Esta garantía adquiere especial relevancia cuando el imputado se encuentra privado de libertad y necesita

entrevistarse con su defensor para preparar la defensa técnica, o incluso, para plantearle cualquier consulta o inquietud. El Código Procesal Penal en su artículo 109 consagra este derecho, al disponer que cuando el imputado se encuentre detenido, incluso ante la policía, tiene derecho a entrevistarse privadamente con su defensor desde el inicio de la captura. Desde esta perspectiva, al imputado y su defensor se les debe garantizar una comunicación fluida, sin obstáculos que redunden en perjuicio de la defensa del primero.

(S 14914-05 de las 12,22 hrs. del 28-10-05 de la SC).

Como derecho fundamental, también debe contemplarse el derecho del imputado a comunicarse privadamente con su defensor (artículos 82 inciso b), 82 inciso e), 93 párrafo 1), 109) y 261 párrafo 2)⁶⁸.

Ha referido además la jurisprudencia que se vulnera el debido proceso cuando la defensa técnica es manifiestamente negligente y esto produce la indefensión del imputado (S 3361-01 de las 14: 31 hrs. del 2-05-01; 439-98 de las 15: 24 hrs. del 27-01-98; 1285-99 de las 15: 24 hrs. del 23-02-99; 2605-99 de las 15: 39 hrs. del 13-04-99 y 2023-01 de las 14: 33 hrs. del 14-03-01, todas de la SC. De la STC, la sentencia 1089-03 de las 10: 40 hrs. del 28-11-03).

Sobre el particular, afirma la Sala Tercera de la Corte que el ejercicio de una adecuada defensa técnica no siempre implica el combate de la tesis del adversario, pues podrían darse situaciones que hagan preferible otras estrategias, con las cuales también se garantiza el derecho de defensa, como por ejemplo: la confesión

68 Sobre este tema, la Sala Constitucional declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 41 de la Circular número 50-2002 del Consejo Superior, aprobada en sesión número 32-02, del veintiuno de mayo del dos mil dos que es "Manual de Procedimientos para la Contención, Conducción e Intervenciones Corporales de los Detenidos", en tanto obligaba a los custodios de los imputados o detenidos a no alejarse más de dos metros del privado de libertad, y a mantenerse en el mismo recinto en que se encuentra el abogado con su defendido, lo cual, a juicio del accionante, impedía que este último pudiera reunirse en forma privada con su abogado defensor, en violación de la garantía judicial establecida expresamente en el artículo 8.2, inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del derecho de defensa constitucional que contempla el derecho del inculcado de comunicarse libre y privadamente con su abogado defensor, garantía que está prevista en el ordenamiento costarricense en el artículo 109 del Código Procesal Penal.

del imputado o la existencia de prueba de cargo irrefutable y abundante, ante la cual, ya no se pide al tribunal una sentencia absolutoria, sino solo la imposición de la pena mínima.

(S 865-05 de las 10: 20 hrs. del 5-08-05 de la STC).

El imputado tiene derecho a designar un nuevo defensor en el transcurso del procedimiento; pero el anterior no puede separarse de la defensa, hasta que el nombrado intervenga (artículo 102 CPP). Asimismo, el abogado defensor tiene derecho de renunciar a la defensa; en este caso, el tribunal o el Ministerio Público le debe fijar un plazo al imputado para que nombre a otro y, en el supuesto de que no lo nombre, será reemplazado por un defensor público. No obstante, no es posible la renuncia durante las audiencias ni una vez notificado el señalamiento de ellas⁶⁹. En todo caso, el abogado que renuncia no puede abandonar la defensa, mientras no asuma quién lo reemplazará.

En el caso de que el defensor abandone la defensa, sin causa justificada, no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso y se le deberá designar un defensor público; hecho que deberá ser comunicado por el tribunal o Ministerio Público al imputado, a fin de que determine si desea elegir otro defensor. Por cuanto, tal y como ha señalado la Sala Constitucional, el derecho de elección del defensor no es ilimitado, pues en el proceso penal concurren varias partes, a saber, la víctima, el Estado, los perjudicados civiles, etc. que también requieren de una solución al conflicto en un plazo razonable.

El abandono de la defensa tiene las implicaciones que establece el artículo 105 del CPP, en cuanto a que deberá ponerse en conocimiento del Colegio de Abogados para que en vista de la falta grave, le imponga la sanción correspondiente.

69 La Sala Tercera de la Corte se pronunció en la sentencia 865-05 de las 10 20 hrs. del 5-08-05, señalando que la defensa que inicia un debate es irrenunciable, en principio, porque se trata de una enorme responsabilidad y compromiso profesional, desarrollo no solo de importantes deberes jurídicos, sino del respeto a un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política, esencial para legitimar el proceso penal que tutela no solo ese derecho, sino también el de la víctima y la sociedad en general, de cara al derecho a una tutela judicial efectiva y a la resolución del conflicto en un plazo razonable. Por lo que, más allá del compromiso con el cliente, de la responsabilidad del abogado depende el juicio mismo que no puede continuar sin su presencia y sin la adecuada representación de los intereses del sujeto que está siendo juzgado.

Resulta de interés destacar que el artículo 33, inciso d), prevé como causa de interrupción del plazo de prescripción, la obstaculización del desarrollo normal del debate por causas atribuibles a la defensa, según declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada, por cuanto, las partes tienen el deber de litigar con lealtad, evitando las actuaciones dilatorias y el abuso de las facultades que la ley les confiere (artículo 127 CPP). Por “causas atribuibles a la defensa” no solo deben entenderse las conductas en que incurra el defensor técnico, sino también las propias del imputado⁷⁰.

70 Sobre el particular, puede consultarse la sentencia 911-03 de las 9,55 hrs. del 13-10-03 de la Sala Tercera de la Corte, donde se estableció: Los actos u omisiones deben orientarse a entorpecer u obstaculizar la realización normal del juicio oral y público. Pueden revestir el carácter de una “maquinación” (conductas desleales con la finalidad, evidente o encubierta, de obstaculizar el normal desarrollo de los procedimientos), aunque esto no es del todo indispensable, pues en determinadas circunstancias basta con que el hecho obstaculizador sea conocido, o bien, previsible para la defensa y, a pesar de ello, no haya dispuesto las medidas oportunas y necesarias a su alcance para evitarlo o, en caso de inevitabilidad, para comunicarlo al tribunal con la antelación suficiente que permita adoptar las decisiones que procedan a fin de asegurar la continuación del proceso con la debida celeridad, reduciendo así los efectos causados por el evento obstaculizador. Desde luego, no surtirán eficacia interruptora de la prescripción los actos o eventos que no sean “anormales”, por ejemplo: el uso de algún medio procesal lícito que forme parte de las funciones propias de la defensa (planteamiento de excepciones o alguna solicitud particular justificada); o las peticiones razonadas, documentadas y con justa causa con el fin de que se postergue la celebración del debate (por ejemplo: por tener otro señalamiento en la misma fecha que deba prevalecer sobre el hecho en el proceso concreto). Sin embargo, el abuso evidente de ciertos mecanismos o su uso indebido, puede también ser una maquinación encubierta que origine el efecto interruptor: por ejemplo, insistir de manera repetida en gestiones que ya fueron resueltas en su oportunidad; plantear articulaciones manifiestamente improcedentes o no previstas en la ley con el fin de retrasar los procedimientos (v. gr.: recursos de casación contra resoluciones interlocutorias, aprovechando que el a quo se encuentra inhibido para ejercer un control de admisibilidad); esperar hasta pocas horas o pocos días antes de la fecha en que debería celebrarse el debate para solicitar una postergación en virtud de otro señalamiento en distinto tribunal que le fue notificado a la parte tiempo atrás y que, por ende, pudo haber informado desde que se le convocó al juicio. 4) Los actos obstaculizadores no implican, necesariamente, la ausencia del defensor o del acusado, sino que también pueden referirse a la actuación que se espera de otra persona. Por ejemplo, insistir que declaren en debate testigos esenciales para decidir el asunto, que la propia parte se ha hecho cargo de ocultar o de impedir su localización o su comparecencia en el juicio; o que se imposibilite evacuar un dictamen médico, psicológico, psiquiátrico o de otra índole, en vista de que el justiciable, sin causa justa, no se presenta a la cita que le fue concedida. En general, los actos fraudulentos con los que se logre impedir la recepción de cualquier prueba que se espera introducir en debate (y que justificó suspender su señalamiento o postergarlo para otra fecha), tendrían efecto interruptor (v. gr.: ocultar la cosa que debía inspeccionarse; sustraer o interceptar documentos que el tribunal aguarde; entre otras muchas hipótesis).

El artículo 129 del CPP, además, establece la posibilidad de aplicar el régimen disciplinario en los casos en que se compruebe que las partes o sus asesores han actuado con evidente mala fe, han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad.

Al defensor que asuma la causa durante la fase del debate se le debe conceder un plazo para que conozca la misma y prepare su estrategia y de nuevo se ha de señalar para la recepción de la prueba oral ya evacuada, así como continuar con la que aún no se ha recibido para no perder la continuidad. Si el defensor y el imputado están de acuerdo, el tribunal debe obligatoriamente ponderar si la anuencia en asumir la defensa, avanzado el juicio, es razonable o no, de conformidad con lo complejo de la causa o lo voluminoso de las pruebas que lo componen. Sobre este tema, la Sala Tercera estableció:

Si el juicio es oral y si rige el principio contradictorio, una defensa técnica digna tiene que recibir directamente la prueba y poder contradecirla en la actualidad de su recepción, de manera que no es posible obligar a un defensor que se apersona en esas condiciones, a escuchar grabaciones de testimonios ya rendidos sin su presencia y a revisar las actas del debate de las audiencias ya realizadas, para poder asumir así el juicio en el estado en que se encuentra. Si se trata de un asunto sencillo, nada impide que se vuelva a iniciar sobre la marcha, sin necesidad de anular el señalamiento, sino simplemente suspender el debate por el plazo que autoriza el Código para que la defensa se empape del caso y luego nuevamente señalar la recepción de los testimonios evacuados antes, así como continuar con la recepción de la prueba que aún no había sido evacuada. Esta solución no podría aplicarse a un asunto complejo por las razones obvias ya dichas, pero sí en la mayoría de las causas sencillas en que ello suceda, sin que pueda constreñirse a la defensa a asumir el juicio en un debate ya iniciado en tales condiciones, a menos que exista anuencia del profesional y el Tribunal pondere fundadamente que no se ocasiona perjuicio alguno. Y, con independencia del tipo de proceso, lo cierto es que ya la necesidad de sustituir la defensa en un juicio en curso –salvo el caso fortuito o la fuerza mayor, como se ha dicho– es causal que interrumpe la prescripción por obstaculizar el curso del debate, de manera que no valdrían premuras que sacrifiquen el respeto del derecho aludido. Es cierto que el propio numeral 336 del Cpp. autoriza

*la sustitución en debate de la defensa –inciso d-, sin embargo, no indica que ese profesional deba asumir el juicio en el estado en que se encuentra. Al encontrarse la norma dentro de los presupuestos de la suspensión del debate, cabría interpretar que, salvo los casos de asuntos complejos, lo procedente es conceder al profesional el plazo para que conozca la causa y prepare su estrategia, y de nuevo agendar la recepción de la prueba oral ya evacuada, así como continuar con la que aún no se ha recibido, para no perder la continuidad, pero no cabe otra interpretación –como señalar al defensor que **debe** asumir el juicio en ese estado y limitarse a escuchar grabaciones– pues el derecho de defensa es esencial y no puede ceder ante el solo deseo de continuar adelante con un juicio.*

(Sentencia 878-05 de las 11:30 hrs. del 12-08-05 de la Sala Tercera)

Resulta de interés referirse a un caso que fue resuelto mediante la sentencia 2007-00074 de las diez horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil siete de la Sala Tercera de la Corte, donde el imputado señaló en la audiencia que no tenía confianza en la defensora pública que se le había nombrado para el debate y que su familia le había conseguido un defensor particular que venía en camino. El tribunal no aceptó la sustitución de defensor solicitada por el imputado y obligó a la defensora pública y al particular a asumir una defensa conjunta, y se negó a reprogramar el juicio. La Sala Tercera de la Corte anuló la sentencia por considerar que para que la defensa de confianza se ejerciera materialmente y no solo quedara consignada formalmente, era necesario suspender el juicio durante un tiempo prudencial para que el nuevo defensor estudiara la causa, se comunicara con su defendido y delineara su estrategia de defensa:

La defensa técnica se delinea antes del inicio del debate, elaborando el profesional la teoría del caso, sobre la que versará tanto el interrogatorio a los peritos como a los testigos de cargo, así como el ofrecimiento de prueba de descargo. En el presente caso, si bien, formalmente, el acusado contó con un defensor de su confianza, éste no ejerció materialmente la defensa técnica, puesto que se apersonó cuando ya se había iniciado el juicio, y sin conocer el expediente, pues el Tribunal no le dio la oportunidad de prepararse, aduciendo, erróneamente, que tenía que asumir la causa en el estado en que se encontraba. El Juzgador equiparó el abandono o renuncia de la

defensa, con el nombramiento de un defensor de confianza, por parte del acusado, situaciones diferentes, a las que no se les puede aplicar la misma normativa. Las disposiciones legales en que los jueces sustentan su decisión, se refieren al caso de renuncia o abandono de la defensa, situación ajena a este caso, pues la defensa pública no renunció ni hizo abandono del cargo, sino que el acusado nombró un defensor de su confianza, y el Tribunal aceptó el nombramiento. No obstante, el Juzgador aplicó lo dispuesto en el artículo 104 párrafo 3) del Código Procesal Penal, que dispone: "No se podrá renunciar durante las audiencias ni una vez notificado del señalamiento de ellas", siendo evidente que se trata de un supuesto diferente al del nombramiento de un defensor de confianza. Además, la solicitud de cambio de defensor se pretendió realizar antes del inicio del debate, como lo consigna la misma acta (folio 514), pero el Tribunal indicó que primero se leería la acusación. Para que la defensa de confianza se ejerciera materialmente, y no sólo quedara consignada formalmente, era necesario suspender el juicio durante un tiempo prudencial, para que el nuevo defensor estudiara la causa, se comunicara con su defendido, y delineara su estrategia de defensa. Nótese que el juicio estaba señalado para dar inicio el tres de julio, y finalizar el 20 de ese mes (folio 396), lo que permitía otorgar tiempo a la defensa para su preparación, pero desde antes del inicio del juicio, puesto que algunos actos, como la presentación de incidencias, se realizarán al inicio del debate, momento en el cual la defensa asimismo debe haber elaborado su teoría del caso, para construir el interrogatorio y el contrainterrogatorio. En este caso no podría argumentarse que el defensor se impuso del contenido de la causa durante las diferentes audiencias, y que cuando se apersonó, todavía no se había evacuado prueba alguna, puesto que, como ya se dijo, no se puede interrogar eficazmente a un testigo, si no se conoce la causa. Así que este profesional, al menos en las primeras audiencias, sólo hizo acto de presencia, sin participar en ningún acto, pues como él mismo lo admitió, y el Tribunal lo reconoció, no conocía el contenido del expediente, lo que le impedía interrogar a los testigos: "Aunque efectivamente el Lic. Matamoros se apersonó en medio del juicio y aceptó el cargo (con lo que el tribunal garantizaba el respeto a la voluntad del encartado), al consultársele si conocía el expediente refirió que no, motivo suficiente para que el tribunal obligara a la defensora pública a mantenerse en

codefensa hasta que tal cosa ocurriera, lo que nunca refirió el Lic. Matamoros y ello obligó a la Licda. Amey a estar presente en dicha condición en todo el debate pues de lo contrario se le habría violado el derecho de defensa (efectiva y no sólo formal) al encartado [...]” (folio 867). Al acusado se le permitió contar con un defensor de su confianza, para que le acompañara durante las audiencias, resultando más en un apoyo emocional, que técnico, pues el mismo Juzgador afirma que éste nunca estuvo en condición de asumir la defensa, por lo que el Tribunal mantuvo hasta el final del juicio, a la defensora pública. Con la decisión del Tribunal de Mérito se afectó igualmente el derecho del acusado a que se le brindara una debida defensa técnica, puesto que, como líneas atrás se analizó, para elaborar la estrategia de defensa resulta vital la información brindada por el acusado, sobre lo acontecido, y en cuanto a la prueba con que cuenta. También se requiere su colaboración para planear el interrogatorio y contrainterrogatorio, todo lo cual se prepara con antelación al inicio del debate, aunque tal planificación pueda sufrir modificaciones en el transcurso del juicio oral. En el presente caso, la defensora que ejerció la defensa técnica no estuvo en condiciones de planificarla debidamente, puesto que no contaba con la confianza del acusado, el que más bien solicitó el nombramiento de otro profesional para que atendiera su defensa. Por su parte, este abogado tampoco se pudo preparar con anticipación, porque no se le brindó la oportunidad, en vista de que se le conminó a asumir el cargo cuando ya el debate había iniciado. Se observa que la comunicación del acusado, durante la audiencia, es con el licenciado Matamoros, a quien libremente eligió (folio 542). Esta situación afectó gravemente el derecho de defensa, puesto que la defensora pública no tuvo la confianza de su patrocinado, (lo cual resulta razonable, en vista de que durante un año se había mantenido asesorado por un mismo defensor público, el cual le es cambiado para el juicio), lo que le dificultó planear su estrategia, y el defensor particular no tenía conocimiento de la causa, lo que asimismo impidió la defensa técnica. Cuando logró conocer la causa, ya no era posible recuperar la oportunidad de interrogar a los testigos según un lineamiento preestablecido, ni ofrecer prueba. Es claro que el patrocinio letrado del acusado fue sólo formal, puesto que aun cuando participó en el juicio acompañado de dos abogados, ninguno estuvo en condiciones de ejercer el cargo de manera que se le garantizara al

acusado una debida defensa. El esfuerzo realizado por cada uno de los profesionales, no podía compensar un vicio inicial, que socavó la base de cualquier defensa que se ejerciera. A juicio de esta Sala, la decisión del Tribunal, de mantener a ambos defensores en el juicio, agudizó la falta de integración entre la defensa técnica y la defensa material, pues lógicamente el acusado mantuvo la comunicación con el profesional que escogió, por lo que la defensa técnica debió ejercerse al margen de la material, y no integradas, como corresponde. Es claro que esas condiciones impidieron la efectiva defensa del acusado, situación que impone la anulación del fallo y el reenvío de la causa para su debida tramitación.

3.4.3 DERECHO A LA INTIMACIÓN

El derecho a la intimación es aquel derecho que tiene todo imputado a ser instruido de cargos; es decir, de saber de qué se le acusa y cuáles son las pruebas que existen en su contra. El imputado debe saber cuáles son los hechos que existen en su contra, la calificación jurídica y la prueba, a fin de poder ejercer plenamente su derecho de defensa y decidir si desea declarar o abstenerse de hacerlo, si va a ofrecer prueba, si desea plantear algún alegato, etc.

El artículo 92 del CPP señala que al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente.

La Sala Tercera señaló que por tratarse de un acto que se da normalmente al inicio del procedimiento, lo que se pone en conocimiento del imputado es la prueba existente hasta el momento, sin perjuicio de que posteriormente arriben nuevos elementos probatorios a la causa, que sí deberán estar comprendidos posteriormente al formular la acusación (S 575-06 de las 14 40 hrs. del 19-06-06 de la STC). La intimación se deberá realizar tantas veces como se considere necesario para asegurar plenamente el derecho de defensa. Al convocarse a la audiencia preliminar, debe comunicarse la acusación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 del Código Procesal Penal. En la audiencia preliminar, el Ministerio Público y el querellante deben resumir los fundamentos de hecho y de derecho en que sustenten sus peticiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 318. En el juicio, la intimación se realiza con la lectura de la acusación o querella, luego de la apertura de la audiencia.

Es importante que en el Código Procesal Penal actual se establezca que la primera declaración indagatoria del imputado no se realiza ante una autoridad jurisdiccional, sino que esta se hace ante el Ministerio Público, órgano que tiene a su cargo la dirección de la primera fase del proceso. Al Juzgado Penal de la Fase Preparatoria, lo que le corresponde es el control de la legalidad de la investigación. (S 1515-05 de las 8: 30 hrs. del 23-12-05 de la STC).

En el seno de la Sala Constitucional existe una divergencia de criterio en cuanto a si la intimación de los hechos debe realizarse por escrito o si basta con que oralmente se ponga en conocimiento del imputado y su defensor, un resumen detallado de los hechos, su calificación jurídica y un resumen de la prueba.

La mayoría de los integrantes de la sala señaló en la sentencia 10595-05 de las 15: 35 hrs. del 16-08-05 que basta con que la intimación se haga en forma oral, por cuanto ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Código Procesal Penal indican que la comunicación deba realizarse por escrito, por lo que exigir para todos los casos como formalidad ineludible que conste por escrito la intimación, se convierte en una formalidad que no cumple ninguna función material en la tutela de los derechos individuales.

En el caso que se analizó en el fallo, se considera como un argumento más, el hecho de que en la declaración indagatoria la defensa no hubiera planteado objeción alguna a la forma en que se realizó el acto, aunado al hecho de que inclusive aportó una declaración en formato electrónico, lo cual legitimó el acto. Por el contrario, el voto de minoría suscrito por los magistrados Calzada, Vargas y Jinesta estima que, en el caso de la intimación, la comunicación de los hechos debe realizarse de forma escrita:

Si bien es cierto el proceso penal es predominantemente oral, tal y como lo ha apuntado la doctrina procesal comparada, no existen procesos químicamente puros, esto es, enteramente orales o escritos, sino mixtos. Existen ciertos actos procesales que por razones de seguridad y certeza jurídicas (principios y valores constitucionales incuestionables) requieren estar fijados por escrito para garantizar el ejercicio de la defensa técnica y material y el contradictorio durante todo el curso del proceso, sobre todo, si se producen sustituciones de los abogados que ejercen la defensa técnica, como ocurrió en este caso. La intimación de cargos indudablemente es uno de esos actos que requiere fijarse por escrito por la formalidad que ésta reviste, pues se trata del primer acto formal en que se le

intima al imputado de los hechos y se le pone en conocimiento de la prueba que consta en su contra para que ejerza su derecho de defensa. Es evidente que la omisión por parte de la fiscalía de consignar al menos un resumen de los hechos imputados al recurrente sí lesiona su derecho de defensa, pues es a partir de ese acto procesal que el amparado prepara su defensa, para lo cual necesita tener amplio conocimiento de los hechos imputados y de la prueba que consta en su contra, sobre lo cual debe quedar constancia.

Consideramos, con el voto de mayoría de los integrantes de la sala, que no existe una obligación de que al momento de la intimación se comuniquen por escrito los hechos al imputado; lo que importa es que efectivamente se le informe detalladamente cuáles son los hechos por los que está siendo sometido a un proceso, la calificación jurídica que se le atribuye y las pruebas existentes a ese momento procesal. Esto debe estar garantizado tanto por el fiscal, quien objetivamente debe velar por el respeto de los derechos de todas las partes en el proceso, como por la defensa técnica que debe estar atenta a que se resguarden los derechos de su representado y debe oponerse en caso de que considere que se están vulnerando.

Diferente es el caso de la acusación, donde sí se exige que la misma esté plasmada por escrito, por constituir la base del juicio. En el caso de la primera intimación, el asunto apenas se encuentra en una fase investigativa que podría no decidirse en la formulación de una acusación. Aunado a ello, si se pretende imponer prisión preventiva al imputado o alguna otra medida cautelar, sí constituye un requisito indispensable que se exprese por escrito una enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen (artículos 243 y 244 del CPP).

3.4.4 DERECHO A LA IMPUTACIÓN

El principio de imputación tiene que ver con el derecho a una acusación (artículo 8.2 b de la Convención Americana de Derechos Humanos) que comprende la individualización del imputado, la descripción detallada, clara y precisa de los hechos atribuidos, la calificación legal de los mismos y la fundamentación de la acusación, con inclusión de las pruebas existentes en su contra. Para que una persona pueda defenderse, es imprescindible que exista algo de qué defenderse; es decir, que se le atribuya haber hecho algo o haber omitido hacer en el mundo fáctico con consecuencias jurídico-penales. El núcleo de la imputación es una hipótesis fáctica atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, implica la imposición de una sanción.

A lo largo del proceso se realizan varias imputaciones; la primera es la que se hace al recibírsele declaración al imputado (artículo 92 del CPP), lo cual se da en la fase investigativa, constituyendo esta declaración un requisito para poder trasladar la acusación o querella al tribunal del procedimiento intermedio (artículo 309 del CPP)⁷¹.

Posteriormente, una vez que haya finalizado la etapa preparatoria, se efectúa la acusación ante el juez de la etapa intermedia en los casos que el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, en cuyo caso, la pieza requisitoria deberá contener los datos que sirvan para identificar al imputado, la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya, la fundamentación de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan, la cita de los preceptos jurídicos aplicables y el ofrecimiento de la prueba que se presentará en el juicio (artículo 303 del CPP).

En la acusación, el fiscal debe hacer un juicio de probabilidad, donde fundamente en forma precisa las razones por las cuales se justifica que se dé la apertura a juicio, según los elementos de prueba recibidos y los que se recibirán en la audiencia oral. Debe formularse de manera precisa, clara y circunstanciada. Ello implica describir un acontecimiento con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos y le proporcionen su materialidad concreta. Así, sostiene el autor Manuel Rojas Salas:

La narración debe ser tal y como la llevaría a cabo un narrador omnisciente, haciendo una atribución de modo directo y con un lenguaje sencillo, que resulte de fácil comprensión, sin acudir al nomen iuris del tipo penal que se está imputando. Dicho en otras palabras, si a alguien se le atribuye un robo con violencia en las personas, es absolutamente incorrecto señalar entre los hechos de la acusación, “que X ejerciendo

71 Sobre el particular, la Sala Tercera señaló que partiendo de una interpretación sistemática de las garantías judiciales establecidas tanto en el Pacto de San José, como en la Constitución misma, debe entenderse que la declaración debe ser recibida por el Ministerio Público, desde el momento en que exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, en los términos del artículo 91 del CPP, pues lo contrario, equivaldría a permitir que el Ministerio Público investigue y acuse a espaldas del imputado, haciendo nugatorio su derecho de defensa. (Sentencia 1371-05 de las 9: 06 hrs. del 05-12-05 de la Sala Tercera de la Corte).

violencia sobre el cuerpo de la víctima”, sino que deben describirse de modo detallado los actos concretos que resultan ser constitutivos de la violencia, sea física o moral. También es absolutamente incorrecto al describir unos abusos sexuales, mencionar que “ejecutó actos lascivos con el fin de saciar sus bajos instintos” sin que al final de cuentas sea factible establecer cuáles fueron los comportamientos mediante los que se afectó el decoro y el pudor de la persona ofendida⁷².

Esta exigencia de claridad y precisión en la redacción de la imputación permite que el imputado y su defensa puedan establecer adecuadamente su estrategia, ofrecer prueba, plantear alegatos, etc., en fin, saber de qué y cómo defenderse. En este sentido, la acusación es la base y el límite del proceso; constituye una garantía de que la especie fáctica en ella contenida será la que se pueda examinar en juicio, con la seguridad de que no se va a dar una modificación abrupta.

La jurisprudencia de la Sala Tercera ha resuelto que los hechos acusados deben estar descritos en forma clara, precisa y circunstanciada en la pieza acusatoria y no resulta atendible el que se puedan extraer de la “fundamentación” de la acusación ni de ningún otro documento que conste en el expediente:

Toda persona a quien se le atribuya un delito tiene derecho a conocer de forma previa y detallada los hechos por los cuales se le imputa el mismo (artículo 8:2: b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Adviértase entonces que se está ante una garantía fundamental prevista a favor de todo ser humano (respaldada en el numeral 14:3:a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 39 de la Constitución Política y en los artículos 1, 303, 326 y 365 del Código Procesal Penal). Es una exigencia del ordenamiento jurídico (véase especialmente el artículo 303:b del Código Procesal Penal) el que se detalle precisa y circunstanciadamente el hecho por el cual se acusa a una persona. Otra cosa es la prevista en el numeral 303: c del texto legal de cita, relativa a la fundamentación de

72 Rojas Salas, Manuel. Las Deficiencias Investigativas del Ministerio Público y su Incidencia en el Proceso Penal. En: Revista de la Defensa Pública, número 3, octubre del 2003, San José, Costa Rica, pp. 83-84.

la pieza acusatoria (norma esta que es aplicable a la querella, según lo dispuesto en el artículo 76 del Código Procesal Penal). Tratándose de la acusación o la querella, la descripción precisa y circunstanciada del hecho es precisamente sentar la base fáctica esencial sobre la que se discutirá la responsabilidad penal del acusado. Siempre en relación con el requerimiento del acusador o del querellante, la fundamentación es el razonamiento expreso sobre por qué se considera que se dan los hechos atribuidos al imputado y sobre por qué los mismos acarrearían la condena de éste. Se trata de una carga mínima para quien ejerce la acción penal y ésta resulta esencial para que el proceso se ajuste a las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que sucede es que la garantía de comentario devendría ilusoria si el hecho acusado fuese factible extraerlo de una lectura de toda la pieza requisitoria, como lo pretende el recurrente. Si esto fuera así, entonces carecería de sentido la obligación de que la imputación de cargos sea precisa y circunstanciada, pues dependería de quien lea o escuche la acusación descifrar qué es lo que se está atribuyendo al encartado, lo cual significaría incurrir en la arbitrariedad que se trata de evitar con la regla dicha. Así, se está en presencia de una forma (no un formalismo) esencial de presentar la acusación y esta consiste en describir de manera específica, precisa, clara y contextualizada en las respectivas circunstancias conexas, los hechos por los cuales se estima que una persona ha cometido un delito. Si esto no se cumple, se ha incurrido en un defecto absoluto por tratarse de una violación del debido proceso, el cual, por acreditarse en juicio en este caso, obliga a la absolución del encartado, pues ciertamente en sentencia no pueden acreditarse otros hechos que los acusados (artículo 365 del Código Procesal Penal) y si estos no describen un ilícito penal, pues debe absolverse al imputado, como bien lo hizo el a quo en aplicación estricta –como corresponde– de una garantía procesal.

(Sentencia 1115-05 de las 16: 00 hrs. del 29-09-05 de la Sala Tercera de la Corte. En el mismo sentido, la sentencia 331-06 de las 9: 30 hrs. del 28-04-06 de la misma sala y la sentencia 152-06 de las 9: 15 hrs. del 2-03-06 del Tribunal de Casación Penal).

Contrario a esa posición, en un fallo del Tribunal de Casación Penal, se señaló que la imputación debe verse integralmente y no circunscribirla, exclusivamente, a los hechos. (S 936-03 de las 10: 00 hrs. del 22-09-03 del TCP).

La formulación de la acusación por parte del Ministerio Público como acto procesal que impulsa el proceso a la etapa intermedia en el evento de que sea admitida por el tribunal de la etapa intermedia implica que el fiscal sea lo suficientemente cuidadoso para que esta reúna los requisitos fácticos que encasillen el tipo o tipos penales acusados, debiendo indicar básicamente quién, cómo, cuándo, dónde y, si es posible, el móvil por el que se cometió el delito o delitos. (S 986-05 de las 16: 00 hrs. del 3-10-05 del TCP).

No se requiere que se introduzcan como hechos de la acusación los operativos o investigaciones policiales que se realizan (S 835-05 de las 16: 15 hrs. del 29-08-05 del TCP).

Conforme resalta Javier Llobet,⁷³ en los delitos sexuales en que figuran menores de edad como víctimas, cometidos en el ámbito familiar, es difícil precisar las circunstancias de tiempo con exactitud, sobre todo, porque las características de esos delitos hacen que con frecuencia la denuncia sea realizada mucho tiempo después de ocurridos los hechos. Por estos motivos, se ha admitido que las acusaciones establezcan un espacio de tiempo y no una fecha determinada.

Por responder nuestra legislación procesal penal al paradigma acusatorio, le está vedado al juez corregir de oficio la acusación para arribar a una condenatoria basada en hechos distintos a los acusados. No le corresponde al juez suplir las deficiencias, por cuanto, a quien le compete definir el marco fáctico y el objeto del proceso es al Ministerio Público. Es por esto que, en los casos en se formula una acusación, donde no se atribuye delito alguno, al tribunal no le queda otra opción que absolver al imputado. (Puede consultarse al respecto, la sentencia 1277-05 de las 10: 35 hrs. del 14-11-05 de la STC).

73 Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal. III Garantías procesales (segunda parte), óp. cit., p. 45.

Además, se contempla la posibilidad del Ministerio Público o querellante de plantear una acusación alternativa o subsidiaria, cuando las circunstancias del hecho permitan encuadrar la conducta del imputado en un delito distinto, con el fin de resguardar el derecho de defensa (artículo 305 del CPP):

De acuerdo con esta posibilidad, el fiscal o el querellante pueden acusar un hecho principal, calificarlo jurídicamente y justificarlo en determinados elementos de prueba que esperan se reciban en la audiencia oral; sin embargo, puede ser predecible, ante la insuficiencia de alguno de los elementos probatorios, que no se acrediten ciertas circunstancias, en cuyo caso puede formularse, de una vez, una segunda hipótesis fáctica y jurídica, que también debe estar debidamente fundamentada como la acusación principal. Lo mismo sucede cuando sea previsible que puedan surgir nuevos elementos probatorios que no se tienen en ese momento, que permitirían variar la calificación jurídica a un hecho de mayor gravedad⁷⁴.

Ejemplo de ello podría ser cuando se acusa a una persona de haber cometido un robo en una vivienda; pero finalmente solo se acredita que recibió los bienes sustraídos. En ese caso, el Ministerio Público puede argumentar como acusación principal, el robo; pero subsidiariamente el delito de receptación, claro está, siempre que exista prueba para ello.

En un caso sometido a la Sala Tercera de la Corte, el recurrente alegó que la actuación del Ministerio Público al formular dos acusaciones contradictorias entre sí, la principal que establece que el imputado disparó a la víctima con la intención de darle muerte, y la segunda que señala que los disparos fueron hechos con la intención de lesionar, lesionó su derecho de defensa, porque el Ministerio Público no concretó el hecho atribuido y el tribunal no pudo ejercer un control de esa actuación.

La sala señaló que, a fin de que no solo sean claras las reglas del juego y se cumpla con el deber de lealtad y de litigar de buena fe, siempre orientados por el sistema acusatorio, sino también en resguardo del derecho de defensa, se permite al acusador formular una acusación alternativa o supletoria; es decir,

74 González Álvarez, Daniel. Procedimiento Preparatorio. En: Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal, óp. cit., p. 607.

una segunda acusación que entra en “subsidio”, una segunda opción o enfoque jurídico del cuadro fáctico para permitir que el imputado tenga claras las reglas del juego; pero, además, para delimitar la estrategia del acusador, según las resultas del juicio y la prueba que sea posible recabar en la audiencia oral.

Así, ningún menoscabo sufre la defensa con la proposición de dos “opciones” de encuadre típicos, dos hipótesis de calificación jurídica de los hechos que el Ministerio Público pone expresamente en su conocimiento y sustenta de manera adecuada, por lo que no esconde hechos o prueba, menos aún estrategias, porque el imputado y su defensa conocen cuál es la pretensión principal a probar por el Ministerio Público; pero también cuál es la segunda carta que juega en caso de que no logre acreditar la primera, siempre sobre la base del mismo cuadro fáctico y, en todo caso, poniendo hechos y prueba en conocimiento oportuno y directo del acusado y su defensor.

Tanto la acusación principal como la alternativa se trasladan y ponen en conocimiento del imputado y su defensa y se discuten en la audiencia preliminar, de manera que el objeto del juicio queda así delimitado, en dos propuestas de calificación jurídica, con sus implicaciones. Por tanto, estima la sala que no se da ninguna lesión al derecho de defensa; por el contrario, como la propia norma de cita lo señala, es en su garantía y para evitar precisamente “sorpresas” como resultado del juicio que impliquen desventajas o menoscabos a la posición jurídica del acusado, aun cuando se trate de una variación que implique aplicar una calificación jurídica menos gravosa, pero que no fue contemplada por la defensa y su estrategia. (S 463-06 de las 9: 25 hrs. del 23-05-06 de la STC).

Ya propiamente, en la fase de juicio, la acusación puede ampliarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 347 del CPP, según el cual, durante el juicio el fiscal o el querellante pueden ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que modifique la calificación legal o integre un delito continuado. En este caso, deberá advertirse de la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.

En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. Si se trata de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión,

se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación de la acusación o la querella (Artículo 348 del CPP).

Esto resulta indispensable para que la defensa no sea sorprendida con la atribución de hechos o circunstancias imprevistas y además como un medio de garantizar la congruencia de la sentencia.

La jurisprudencia ha señalado que la corrección y ampliación de la acusación en la fase de juicio tiene sus límites. En este sentido, la facultad de ampliar la acusación supone únicamente la posibilidad de añadir, adicionar o incorporar elementos fácticos que no varíen la esencia ni naturaleza del hecho ya contenido en la acusación. En un caso que conoció la Sala Tercera de la Corte, ante la oposición de la defensa a una acusación, el Ministerio Público substituyó íntegramente una acusación que describía de manera genérica la supuesta existencia de un tráfico internacional de cocaína, sin que se señalara en qué consistía la conducta atribuida a cada uno de los imputados; por una donde sí se establecía en forma precisa la conducta ilícita de cada uno de los partícipes. Se estimó que en este caso no existía la posibilidad de corregir ni ampliar la acusación en debate, porque se trataba de hechos totalmente nuevos, sobre los que no se había ejercido el derecho de defensa:

*[...] el actuar del Ministerio Público al solicitar en debate la aplicación del artículo 348 para corregir algunos errores en cuanto a las conductas que realizaron y la distribución de tareas que les correspondía a cada uno de los imputados en estos hechos [...] incluyéndose con esto los elementos configurativos del delito, **resulta del todo arbitraria e ilegal**. No se está ante una simple corrección de errores materiales o de inclusión de circunstancias sin relevancia para efectos de la defensa, es decir, meramente formales, como lo afirma el representante del Ministerio Público en la audiencia oral o vista celebrada en esta sede (ver folio 1347 vto.), sino que lo que realiza es una nueva acusación contra los justiciables [...] suplantándose la anterior. En otras palabras, se sustituye sustancialmente la acusación que se les endilgó por parte de la [...] (fiscal auxiliar) y se introduce por parte del licenciado [...] (también fiscal auxiliar) una nueva relación de hechos; la cual incluso había preparado antes de que se iniciara al debate, pues el documento que la contiene se agregó materialmente en el expediente el mismo día en que este último inició (así folio 662 y siguientes, antes del acta de juicio), incluso*

con fecha 8 de setiembre del año 2004 (ver folio 670). Esta situación además, en criterio de esta Sala, resulta ser de suma importancia para el caso, toda vez que se aprecia cómo, con anticipación, el representante del Ministerio Público sabía que la solicitud de apertura a juicio de folios 496 a 501 del Tomo III, tenía serios defectos al no describir los hechos concretos constitutivos del delito por el que se acusaba a la mayoría de los imputados (con excepción de C.L.), y por ello, ante una eventual oposición de la defensa, como en efecto sucedió, ya tenía preparada una nueva que vendría a suplantar la inicial. Por lo anterior, la supuesta corrección de errores a la que se refiere el fiscal auxiliar[...]en debate, al solicitar aplicar el artículo 348 del Código Procesal Penal, según lo que consta en el acta de debate de folio 675 del Tomo IV del expediente, no es una simple corrección material o una inclusión circunstancial de poca trascendencia, sino que constituye un cuadro fáctico diferente que pasa de una referencia genérica del delito de tráfico internacional de drogas (prevista en un folio y algunas líneas más), a la descripción de una serie de conductas concretas y específicas realizadas por cada uno de los imputados que no habían sido contempladas en la requisitoria fiscal con la que se convocó a la audiencia preliminar y a debate (ahora en cinco folios). Se está así, no solo ante un **quebranto al principio de congruencia que debe existir entre lo que se acusa en un primer momento y lo que se resuelve al final en sentencia**, sino también ante **una evidente deslealtad procesal en el actuar de los representantes del ente acusador**, amparada por el Tribunal de Juicio, que es sorpresiva para las otras partes y que **los coloca en un estado de indefensión**, lo cual no se puede subsanar con la simple suspensión de debate por diez días, pues una cosa es ser informado y convocado a juicio para prepararse, pasando por las diferentes diligencias y etapas que se ocupan para ello, y otra que, ya en pleno debate, por un criterio antojadizo, arbitrario y sorpresivo del titular de la acción penal, se les informe a los interesados que el cuadro de hechos que se va a juzgar es otro y no el que habían conocido y discutido previamente.

(S 375-05 de las 10: 00 hrs. del 6-05-05 de la STC. Otros ejemplos están constituidos por las sentencias 1504-05 de las 16: 25 hrs. del 22-12-05, 999-05, 375-05, 248-05, 167-05, 32-05, 965-04, 685-03, 141-02, todas de la misma sala.).

El representante del Ministerio Público, antes de haber trasladado la pieza acusatoria, debió asegurarse de haberla formulado correctamente, respetando las exigencias impuestas por la normativa procesal. El juez de la etapa intermedia, antes de dictar el auto de apertura a juicio, tiene el deber de cerciorarse que efectivamente se haya cumplido con todos los trámites o requisitos exigidos por ley para solicitar que la causa se envíe a debate, por lo que si se recibe la solicitud de apertura a juicio sin que se cumpla con las formalidades y requisitos que se imponen, ya sea de oficio o a solicitud de parte, de inmediato lo que debe hacer es señalar el defecto y remitir nuevamente el expediente ante el Ministerio Público para que este corrija el defecto. Si no se cumple con este proceder e, incluso, si se ordena la apertura a juicio, el defecto al formularse la acusación por parte del Ministerio Público se hace insubsanable, pues es imposible que el quebranto a un derecho constitucional pueda quedar subsanado. Por ende, la devolución del proceso a etapas anteriores o precluidas no es procedente cuando aquel se ha producido. Con base en esta argumentación, la sala decretó la nulidad de la sentencia y del debate que la precedió. Asimismo, estableció que en virtud de que no existe la posibilidad de que en un juicio de reenvío se pueda corregir el defecto, correspondía absolver de toda pena y responsabilidad al recurrente y, en virtud del efecto extensivo, a todos los demás.

En otro supuesto, el Tribunal de Casación Penal estableció que no procede una ampliación de la acusación, cuando se introduzcan acciones distintas de las originalmente acusadas. Así, acusada originalmente la acción de “talar” un refugio silvestre, se introduce en el debate un hecho adicional, no autorizado por el artículo 347 del CPP, el cual consiste en “invadir” el refugio, dado que es diferente querer talar un refugio, a querer invadirlo u ocuparlo, no pudiendo deducirse de la acusación inicial que con la tala se pretendiera tal ocupación:

Esta variación, o ampliación de la acusación, no puede considerarse autorizada por el artículo 347 del Código Procesal Penal, que señala los únicos casos en los que en la etapa de juicio puede ampliarse la acusación. [...] Es claro que tanto si se trata de un nuevo hecho, como de una nueva circunstancia, a los que se refiere el artículo, tienen que influir en la calificación original, modificándola, o produciendo un delito continuado, caso este último en el que no nos encontramos pues no se trata de delitos contra la propiedad. Por lo que debemos restringir el examen a la variación de calificación, que implica que se trate básicamente del mismo hecho acusado, pero con variación de

la calificación, basada en la nueva circunstancia o el nuevo hecho, piénsese en la acusación de un abuso sexual, en el que no se acusó que existiera penetración, demostrándose en el juicio este hecho, “la penetración”, si no fuera posible introducir este “nuevo hecho”, no sería posible resolver el asunto como violación, pues la penetración no actúa como circunstancia de agravación del abuso sexual, sino que hace encuadrar la conducta en otro tipo penal, el de violación. Pero en tal caso siempre estamos ante un solo delito acusado, no se está autorizando la introducción en esta etapa de juicio de un nuevo delito, sea el de violación, dejando subsistente los hechos y el delito de abusos sexuales en forma independiente, sino que se está sustituyendo en todo sentido este por aquél, formando parte del hecho constitutivo de la violación, los hechos descritos en el abuso sexual. Con lo que tenemos que siempre es un hecho y un delito el atribuido, no dos hechos y dos delitos, en el ejemplo dado. De modo que si el nuevo hecho actúa simplemente sustituyendo una calificación por otra, estamos ante la autorización legal, pero si lo que hace es coexistir con otro hecho y otro delito, sea que se suman los delitos, ello es claro que no estaría permitido, pues ya no se trata de una modificación que incide en la calificación del delito original, sea por un hecho nuevo o por una nueva circunstancia, sino que se trata de otro hecho que configura otro delito, con lo que tendríamos la imputación de dos delitos en vez de uno, independientemente de que con respecto a uno pueda considerarse la prescripción, o la absolutoria. Trasladando lo dicho al caso que nos ocupa, tenemos que tanto el hecho descrito de talar como la de invadir coexistirían, sin que este sustituya al otro, por ende, se trataría realmente de la atribución de dos delitos, y uno de ellos, el de invasión o usurpación de una zona de refugio silvestre, artículo 58 inciso a) de la Ley Forestal, imputado hasta el momento del juicio, lo que a todas luces no está permitido por el citado numeral, y violentaría el debido proceso, específicamente en cuanto al derecho de defensa. Por ello, no es procedente el reclamo que hace el señor fiscal, y, en consecuencia, por mayoría, se declara sin lugar el recurso de casación.

(S 726-05 de las 11: 30 hrs. del 1-08-05 del T.C.P).

En otro caso, el Tribunal de Casación Penal estimó que no era posible ampliar la acusación a un hecho totalmente nuevo, desligado espacial y temporalmente del acusado. Concretamente, en la especie lo que se dio fue que el fiscal en la

audiencia añadió un hecho que no había sido acusado, configurativo de un delito de violación, lo cual es admitido por el tribunal, pese a la oposición de la defensa. Refiere el Tribunal de Casación Penal en el fallo que el artículo 347 del Código Procesal Penal permite la ampliación de la acusación, no en cuanto a un hecho que no tenga ninguna relación con el acusado, sino en relación con hechos que impliquen una modificación de la calificación legal o integren un delito continuado, es decir, que estén ligados con la acusación inicial:

En el presente asunto se tiene que el hecho por el que se llevó a cabo la ampliación, más bien lo que hacer es agregarse al de la acusación, por lo que no se trata de que el hecho acusado en definitiva obtenga una nueva calificación y constituya un delito continuado, ello con las circunstancias indicadas en la ampliación. En efecto hay una diversidad total entre el hecho acusado y el hecho que se agregó a éste en la ampliación, tanto temporal como espacialmente, por lo que no era procedente la ampliación de la acusación. De acuerdo con ello se violentó el principio de correlación entre acusación y sentencia, a lo que hace referencia el artículo 369 inciso h) del Código Procesal Penal como un vicio que da lugar a la nulidad de la sentencia, ello en relación con el artículo 365 del mismo. Se trata de una nulidad de carácter absoluto, violentándose el debido proceso, que establece como un principio básico el acusatorio y con ello la garantía del derecho de defensa relacionado con él. Téngase en cuenta que el artículo 178 inciso c) del Código Procesal Penal establece como defecto absoluto, declarable de oficio, la violación de las normas correspondientes a la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, ello como consecuencia del principio acusatorio, el que ha sido quebrantado en este asunto. Por lo anterior carece de relevancia que luego de la oposición de la defensa a la ampliación de la acusación, luego de rechazado su reclamo, haya aceptado que se realizara el juicio con la acusación ampliada. En consecuencia se declara con lugar el primer motivo del recurso. Se anula la sentencia en cuanto se condenó al imputado M.G.M. por el hecho numerado 1) en la relación de hechos probados. No procede el reenvío, debido a la inexistencia de acusación del Ministerio Público, ello sin perjuicio de que el mismo llegue a iniciar una causa penal si lo estima procedente.

(S 558-04 de las 11.50 hrs. del 4-06-04 del T.C.P.).

En el fallo 963-03, el Tribunal de Casación Penal indicó que el silencio de las partes había convalidado los efectos del acto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 177 del CPP, pues el acusado se sometió al juicio sin que su defensor o el propio enjuiciado señalaran que la imputación era ininteligible. Esta es una posición muy particular que no es recogida por la jurisprudencia de la Sala Tercera ni por el contenido de las demás sentencias del propio tribunal y se debe entender solo respecto de circunstancias que no resulten esenciales de la acusación y que por, ende, no ocasionen ninguna indefensión. En los supuestos donde los defectos sean fundamentales, no podría alegarse convalidación alguna, al amparo de lo dispuesto en el artículo 175 del mismo código.

Se ha admitido la ampliación de la acusación para incluir hechos nuevos que modifican la calificación jurídica, como por ejemplo, cuando se acusa un delito tentado y se amplía a un delito consumado:

El tema de fondo en la resolución del presente motivo, es si el artículo 347 del Código Procesal Penal permite la ampliación de la acusación en debate, incluyendo nuevos hechos que convierten un delito de tentativa en un delito consumado. Dicha norma establece: “Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado” [...] El Código de Procedimientos Penales de 1973 contenía una norma similar, sólo que limitaba la inclusión de hechos nuevos a los casos de delito continuado y circunstancias de agravación. No se puede negar que la nueva redacción es más amplia, en el sentido de que en su literalidad no se limita a agravantes sino a cualquier circunstancia que modifique la calificación legal. Algunos han interpretado que esta nueva redacción permite la inclusión en debate de hechos diversos al hecho acusado (LLOBET RODRIGUEZ, Javier, Proceso Penal Comentado, EJC, 2ª Ed., San José, 2003, p. 337). Sin embargo, es requisito indispensable que ese hecho diverso esté relacionado con el hecho acusado, y tenga el efecto de modificar la calificación legal del hecho originalmente acusado. El Código Modelo para Iberoamérica contenía una redacción aún más clara que la que nos ofrece el legislador costarricense. En su artículo 309 se indica: “Durante el debate el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un hecho nuevo o circunstancia que modifica la calificación legal o

la pena del mismo hecho objeto del debate, o integra la continuación delictiva, que no hubieren sido mencionados en la acusación o en el auto de apertura a juicio” (MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo I Volumen a, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 409). Esa norma que nos sirve de referencia aclara expresamente que la modificación en la calificación legal (o en la pena) se refiere al hecho originalmente acusado, lo que impide la inclusión de nuevos hechos que no estén directamente relacionados con el hecho inicialmente acusado. Esta Sala en diversas oportunidades se ha referido al tema de la ampliación de la acusación en debate (Ver: Sala Tercera, Nos. 137-F-1992, 984-2003, 1211-2004). El artículo 347 del Código Procesal Penal ha sido interpretado en el sentido de que los hechos nuevos deben tener relación con el hecho inicialmente acusado, prohibiéndose la inclusión de hechos absolutamente diversos [...] Sin embargo, no se había planteado el problema de hechos diversos que modifican la calificación legal o la pena del hecho originalmente acusado pero que no configuran agravantes de una figura penal básica, como lo es el caso de una circunstancia que convierte en delito consumado una acción originalmente descrita y calificada como tentativa. Es claro que la redacción del artículo 347 del Código de Procedimientos Penales autoriza tal procedimiento siempre que se respete el derecho de defensa. En efecto la norma autoriza la inclusión de hechos nuevos que modifican la calificación legal –se entiende que se refiere a la calificación legal del hecho originalmente acusado–. En el caso sometido a estudio, la modificación de la acusación que se hizo en debate (ver folios 99 y 110), se refiere al mismo hecho histórico, ubicado en las mismas coordenadas espacio-temporales, y no hace sino modificar la calificación legal del hecho originalmente acusado, de tentativa de violación al delito consumado de violación. El debate se suspendió por una semana una vez realizada la ampliación (ver folio 99), y la defensa manifestó que no requería de un tiempo adicional al arriba indicado para preparar la defensa (ver folio 100). Reanudado el debate la defensa ofreció pruebas y al imputado se le permitió declarar sobre los nuevos hechos (ver folio 101). Esto significa que la ampliación de la acusación se hizo no sólo dentro de las hipótesis contendidas en el artículo 347 del Código de Procedimientos Penales, sino que además se hizo respetando el derecho de defensa. Por estas razones el reclamo debe ser declarado sin lugar.

(S 999-05 de las 9:30 hrs. del 2-09-05 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 997-05 de las 9: 20 hrs. del 2-09-05 de la misma sala).

La ampliación o corrección de la acusación no puede realizarse en la etapa de conclusiones, dado que a esa altura procesal ya no existe ninguna posibilidad para el imputado de ejercer en forma debida su derecho a una defensa técnica y material (S 249-04 de las 9: 50 hrs. del 19-03-04 de la STC).

Se ha admitido que en la audiencia preliminar se solventen los defectos que pueda tener la acusación, siendo esta la etapa procesal donde se valora la procedencia de la misma, se faculta la inclusión o corrección de aspectos circunstanciales que no varían el cuadro fáctico, resguardando evidentemente el derecho de defensa (S 330-06 de las 9: 25 hrs. del 28-04-06 de la STC).

3.4.5 DERECHO DEL IMPUTADO A UN INTÉRPRETE O TRADUCTOR

Toda persona sometida a un proceso tiene el derecho de ser asistida por un intérprete o traductor, cuando lo estime necesario. Así lo establece el artículo 8.2 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar el derecho del imputado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma oficial del tribunal. En el mismo sentido, lo disponen los artículos 14.3 a) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; 14, 130, 131 y 215 párrafo final del Código Procesal Penal. El derecho se extiende a las demás partes del proceso, así como a testigos, peritos, etc. Este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, al señalar:

*[...] la omisión del nombramiento de traductor **cuando éste era necesario** sí implica un grave quebranto en el ordenamiento jurídico. Así, en sentencia número 7062-95, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, dijo: “Es claro que el omitir nombrar un traductor cuando es necesario, constituye un quebrantamiento del derecho de defensa, ya que se le imposibilita al imputado el interrogar a ese testigo y conocer exactamente qué es la prueba que se está aportando en su contra, garantía que establece la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 8.f. De modo que, de constatare que era necesario el nombramiento de un traductor a la testigo de nacionalidad*

china, y que éste se omitió, estaríamos en presencia de una violación al debido proceso por vulnerar el derecho a la defensa.” Si bien es cierto la cita que se hace es con respecto al nombramiento del intérprete de testigos que desconozcan el idioma español, sirve de sustento, entendiéndose que el nombramiento de intérprete para el imputado es mucho más amplio; por cuanto, aunque el mismo tenga asistencia técnica de un abogado defensor, ésta no puede prevalecer sobre la defensa material; debiendo estar en todo momento informado de lo que sucede durante la celebración del debate. Asimismo, en este mismo sentido cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 8.2 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual expresamente establece la obligación del Estado de otorgar traductor al imputado durante todo el proceso.” Se concluye entonces que si se logra demostrar tanto la necesidad de que un traductor participara en el debate, por no comprender la encausada el idioma español, así como la omisión del Tribunal de proveerlo, se habría violado el debido proceso de la recurrente.

(S 2837-00 de las 14 51 hrs. del 29-03-00 de la SC. En el mismo sentido, 9379-01 de las 14:14 hrs. del 19-09-01 y 2385-97 de las 14:27 hrs. del 29-04-97, ambas de la SC).

El derecho a un intérprete o traductor comprende no solo la traducción oral, sino además la traducción de prueba escrita. Una defectuosa traducción afecta el derecho de defensa.

Javier Llobet⁷⁵ señala, entre otros aspectos, que el imputado tiene derecho a que se le designe un intérprete que hable su lengua materna y solamente cuando ello no es posible y el imputado conoce otro idioma, se le puede nombrar un intérprete que hable ese tercer idioma (S 1083-04 del 21-10-2004 del TCP). Sostiene además que el imputado tiene derecho a contar con un intérprete o traductor en las entrevistas privadas que tenga el imputado con su defensor. El intérprete o el traductor debe actuar con imparcialidad en el desarrollo de su función; es juramentado y puede llegar a cometer el delito de falso testimonio. Deben excusarse o pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces.

75 Llobet Rodríguez, Javier, óp.cit., pp. 71-81.

CASOS RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Síntesis del caso

Los defensores del imputado plantearon un recurso de hábeas corpus contra la Fiscalía de Estafas del Primer Circuito Judicial de San José, donde se tramita causa por el delito de estafa contra su defendido. Alegaron que acudieron en compañía del imputado, en calidad de defensores particulares a la Fiscalía, a fin de que se realizara la indagatoria respectiva. Señalaron que en vista de que los hechos que constituyen la denuncia son de naturaleza técnico-jurídica, por su recomendación, el imputado preparó una declaración indagatoria que posteriormente fue corregida por ellos mismos. También indicaron que dicha declaración, con el propósito de evitar confusiones a la hora de declarar verbalmente y de facilitar la labor del escribiente, se grabó en un disquete de tamaño estandarizado para que fuera incluida en el acto programado. Agregaron que a pesar del ofrecimiento realizado en tal sentido, la Fiscalía lo rechazó, arguyendo que ese procedimiento iba en contra de lo establecido en el artículo 95 del Código Procesal Penal, en el cual se establece que la declaración del imputado será en lo posible con sus propias palabras y que además se le consultó al fiscal coordinador, el cual indicó que no era posible tomar una declaración indagatoria en la forma propuesta. También explicaron que en vista de lo resuelto por la autoridad recurrida, el defensor G.C. requirió que se le permitiera al imputado dictar su declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de ese mismo cuerpo normativo, solicitud que también fue rechazada, interpretándose que el imputado puede dirigir y dictar de viva voz, pero no mediante la lectura de una declaración ya preparada. Por ese motivo, presentaron a la autoridad recurrida sus argumentos de forma verbal, los cuales no fueron acogidos. Solicitaron a la sala que se declarara con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implicara.

La fiscal recurrida, al contestar la audiencia conferida, adujo que el artículo 95 del Código Procesal Penal era muy claro al señalar que cuando el imputado manifieste su deseo de declarar, se le invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos. Asimismo, establece el citado numeral que la declaración del imputado se deberá hacer constar fielmente, y en lo posible con sus propias palabras. Alegó que con ello se ve que la declaración ya preparada y corregida por el recurrente resultaba a todas luces improcedente y violatoria a la normativa procesal vigente. Apuntó que efectivamente rechazó la propuesta del

defensor destinada a incorporar como declaración indagatoria una declaración ya preparada con anticipación, por cuanto como ya se dijo, de conformidad con el artículo 95 del Código Procesal Penal, la declaración del imputado se hará constar fielmente y en lo posible con sus propias palabras. Señaló que en ese mismo acto y en vista de lo resuelto por la Fiscalía, el recurrente C. requirió que se le permitiera al imputado dictar su declaración, lo cual rechazó de nuevo, por cuanto lo que el imputado pretendía era hacer una lectura de una declaración igualmente preparada por los defensores. Solicitó que se desestimara el recurso planteado.

¿Cómo valora usted la actuación de la fiscal? ¿A su juicio, se vulneró el derecho de defensa del imputado?

Decisión del tribunal

II.- Sobre el derecho de defensa. Esta Sala ha reiterado que el derecho de defensa como garantía constitucional fundamental, tiende a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad de que se le imponga indebidamente una pena. Por ello no debe de ser restringido en forma alguna, sino más bien resguardado celosamente por el Juez y en relación con el caso concreto debería de decirse que dicha obligación también es extensiva al Ministerio Público, quien debe ser fiel garante de los derechos constitucionales del imputado. En ese sentido, también se ha manifestado que si se rechaza prueba fundamental para la defensa, en forma arbitraria o sin fundamento, se lesiona el derecho de defensa que incide directamente sobre el debido proceso. Así las cosas, de ser cierto que la actuación del Ministerio Público ha limitado el derecho de defensa del amparado sin justa causa, estaríamos ante una violación de ese derecho constitucional.

III.- Sobre la declaración del imputado. En cuanto a la indagatoria o declaración del imputado se puede decir que se trata de un acto procesal de carácter complejo destinado a garantizar el derecho del imputado a ser oído frente a los hechos que se imputan en su contra, constituyéndose en un medio de defensa, en donde él posee plenas facultades para determinar si declara o si se abstiene de hacerlo; y en el caso que quiera declarar, tendrá la posibilidad de manifestar todo lo que estime conveniente, lo cual significa un pleno ejercicio de la defensa material que le asiste, decisión que será tomada con la previa asesoría de su abogado defensor. Estima esta Sala que esta potestad del imputado debe ser respetada, pues por medio de ello

lo que él logra es exteriorizar su voluntad, ya sea en ese momento o en el momento que lo considere más oportuno; decisión esta que deriva del ejercicio de una libertad, cuya finalidad es dar a conocer los medios de defensa o los medios de prueba que estime necesarios en ese momento. En consecuencia, la declaración del imputado se trata de una oportunidad para constituir eventual prueba de “descargo”, por medio de la cual el imputado exterioriza lo que considere necesario, lo cual deberá ser valorado conjuntamente con los demás elementos probatorios siguiendo las reglas de la sana crítica racional, todo ello como parte del debido proceso. **IV.- Sobre el caso concreto.** En el caso presente, partiendo de lo expuesto en los considerandos anteriores, observa este Tribunal que lleva razón el recurrente al manifestar que la actuación recurrida de la Fiscalía lesiona el derecho de defensa del amparado, lo que eventualmente podría incidir sobre su libertad y en esa medida es que se conoce por la vía del hábeas corpus. Entiende este Tribunal que la actuación impugnada restringe al amparado ejercer su defensa tal y cual es su voluntad. El hecho que el imputado haya intentando sin éxito hacer su declaración de la forma como lo narra el recurrente no contradice la normativa procesal penal. De la lectura realizada de los artículos 92 y 95 del Código Procesal Penal, en los que se establece que la manifestación del imputado podrá ser dictada y que la declaración del encartado se hará en lo posible con sus propias palabras, se entiende que la actuación del amparado es factible durante la fase preparatoria, preliminar o investigativa, y como lo afirma el recurrente, como fue el amparado quien preparó la declaración, debe entenderse que son sus propias palabras las que se harán constar en el acta correspondiente. Así las cosas, la situación planteada es violatoria de los derechos fundamentales del amparado pues tratándose de una facultad conferida al imputado dentro del ejercicio de su derecho de defensa material ésta debe ser respetada y no restringirse jamás su libre ejercicio, como lo hace en el presente caso el Ministerio Público. **V.-** En virtud de lo expuesto, siendo violatorio del derecho de defensa del amparado el restringir la potestad que tiene el imputado de declarar lo que estime pertinente, así como la forma en que lo considere necesario, tal y como ha resultado en el caso concreto, lo procedente es declarar con lugar el recurso por violación al derecho de defensa.

(S 4242-02 de las 12: 50 hrs. del 3-05-02 de la SC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de hábeas corpus a favor de su representando contra el Juzgado Penal de Puntarenas y la Fiscalía de Cóbano, por cuanto, el mismo es de nacionalidad austríaca y el Ministerio Público le nombró una traductora en idioma inglés, por lo que en su indagatoria no logró conocer los hechos que se le acusaron ni las pruebas existentes en su contra; así como tampoco logró comunicarse con su abogado defensor, quien por la barrera idiomática no pudo desarrollar la defensa técnica de su representado, ya que a pesar de la situación de indefensión en que se encuentra, se ordenó la prisión preventiva. En el acto de la declaración, la defensora y la traductora manifestaron que

Siendo sumamente difícil darse a entender y que el imputado conozca sobre lo que se le está atribuyendo aunado al comportamiento al parecer perteneciente a una persona con problema mental, se llegó a indicarle de qué se le acusa pero el mismo entendió poco de lo que se decía; si se logró que dada las circunstancias entendiera que mejor se abstuviera de declarar y lograr un traductor en su idioma que menciona es el Alemán y a la vez poner en conocimiento de la embajada de su país a fin de que le brinden soporte y ayuda.

No obstante, se ordenó la prisión preventiva del amparado.

El fiscal auxiliar de Cóbano de Puntarenas manifiesta que contra el amparado se tramita causa por robo simple; que se recibió la declaración indagatoria del imputado en presencia de la traductora oficial y su abogado defensor; que en todo momento el amparado contó con la asesoría del defensor, quien no opuso objeción sobre el idioma del encartado; que el traductor tuvo una comunicación adecuada y no se violó ningún precepto legal o constitucional; que el imputado y traductor se comunicaron en idioma inglés. Por su parte, el juez penal de Puntarenas manifiesta que su despacho ordenó la prisión preventiva contra el amparado por tres meses; que la declaración indagatoria fue recibida en la Fiscalía de Cóbano, ya que es el órgano encargado de la investigación; que el imputado entiende y habla inglés; que los derechos fundamentales del amparado fueron respetados, y las resoluciones que lo privaron de libertad se encuentran ajustadas a derecho.

¿Cómo valora usted la posición del fiscal? ¿Considera que se vulneró el derecho de defensa del imputado? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

II. Sobre el derecho. Ateniéndose al expediente, la causa que motivó la presentación de este recurso la provoca el hecho de que el amparado haya sido privado de su libertad mediante la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva, sin que haya sido asistido por un traductor de su idioma natal (alemán) en el momento de rendir su declaración indagatoria. Está comprobado que el defensor y la persona que trató de interpretar en el idioma inglés no pudieron comunicarse con él, y así dejaron constancia del vicio que provocaba que el encartado no entendiera la intimación, no tuviera una comunicación inmediata y efectiva con su defensor y no pudiera formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. Esta Sala ha señalado que el principio de intimación consiste en el derecho que tiene el acusado de ser impuesto de los cargos mediante una relación expresa de ellos y en presencia de su abogado (véase la sentencia número 2529-94 de las 15:36 horas del 31 de mayo de 1994). Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada como uno de los derechos del imputado contenido no solo en la Constitución Política en su artículo 39, sino en los instrumentos internacionales. En ese sentido, son de obligada consideración, que «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos u obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en igual sentido los artículos 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Así, mientras el vicio prevalecía, lejos de que el Juez Penal, advertido del defecto absoluto, pues implicaba inobservancia de derechos y garantías previstos por el Derecho Internacional Comunitario vigente en el país, lo enmendara, ordenó la prisión preventiva del amparado por el plazo de tres meses. Para esta Sala existe una evidente conexidad del vicio apuntado con la medida adoptada, pues la prisión preventiva tiene la virtud de constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal. En este contexto, la medida se justifica solo cuando en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias que exijan su adopción, y para la apreciación de las mismas es ineludible que el juzgador deba tomar en consideración

la naturaleza de los hechos atribuidos, la prueba existente y el hecho de estas circunstancias hayan sido puestas en conocimiento del imputado previamente para que ejerza su derecho de defensa, pues la declaración del imputado resulta ser además de medio de defensa, un medio de prueba, la que debe ser sopesada (véase en ese sentido el artículo 92 del Código Procesal Penal). En garantía de que estos supuestos y requisitos se cumplan, se exige constitucional y legalmente la fundamentación de toda resolución que restrinja la libertad de una persona, tal y como expresamente lo establece el artículo 20 párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, a fin de controlar que la restricción se justifica en concreto y según esos supuestos calificados establecidos por el legislador para hacerlo. Por todas las razones expuestas procede declarar con lugar el recurso, declarando la nulidad de la resolución que ordena la prisión preventiva del amparado por falta de fundamentación. Se ordena la libertad del amparado.

(S 1646-04 de las 15 12 hrs. del 17-02-04 de la SC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a ocho años de prisión por el delito de tentativa de homicidio simple. Como único motivo de impugnación, adujo que dicho fallo se basa en una prueba introducida ilegalmente al debate, por cuanto, se incorporó un anticipo jurisdiccional que consistía en la declaración del ofendido, la cual se rindió sin que estuviera presente el imputado, aunque sí su defensor. El juez de la etapa preparatoria realizó el anticipo, a solicitud del Ministerio Público, en virtud de que el ofendido se presentó a indicar que al día siguiente se iría en la madrugada para Nicaragua, dado que en Costa Rica no tenía los medios económicos para pagar las curaciones que debía hacerse, señalando que no sabía si iba a regresar.

En virtud de esa manifestación, la Fiscalía solicitó al juzgado penal la práctica del anticipo jurisdiccional de la prueba y la jueza la acogió, tras tomar en cuenta que el testigo es un ciudadano extranjero (nicaragüense) presto a retornar a su país de origen en pocas horas, y de manera expresa se indicó en la resolución que se prescindía de la presencia del imputado, atendiendo a que se hallaba recluido en el Centro de Atención Institucional de San José, lo que imposibilitaba trasladarlo a tiempo a la sede del tribunal en Puerto Viejo de Sarapiquí para que participara

en la diligencia. La defensa alegó que el ofendido tuvo tiempo suficiente para informar al despacho sobre sus pretensiones de abandonar el territorio nacional.

¿Estima usted que se justifica la realización del anticipo jurisdiccional? ¿Considera que se ha vulnerado el derecho de defensa material del imputado? ¿Cómo habría actuado usted?

Decisión del tribunal

La queja no es de recibo: *Conforme lo expuso esta Sala en la resolución No. 483-01, de 9:15 horas de 25 de mayo de 2001: “Ciertamente, de manera expresa en el artículo 326 y por intermedio de una variedad de normas que establecen diversas garantías y principios, el Código de rito erige al juicio –oral, público, contradictorio y continuo, basado en la acusación- como la fase esencial del proceso. Será en esta etapa donde deberán practicarse las pruebas, ante los jueces y las partes, de modo que las recibidas fuera de ella carecerán de todo valor y eficacia para servir de sustento a la sentencia. Esta regla general admite, sin embargo, varias excepciones establecidas por el legislador, por cuya vía se permite introducir mediante lectura algunos documentos y otras pruebas originadas o producidas en fases anteriores del proceso (artículo 334 ibídem), e incluso las actas que recojan los testimonios de quienes, ya iniciado el debate, se hallan imposibilitados de concurrir a él (artículo 338). Todos esos supuestos significan excepciones al principio de inmediación y entre ellos figuran los testimonios evacuados a través del procedimiento de anticipo jurisdiccional de prueba que prevén los artículos 293 y 294 del texto legal de cita. En esta última hipótesis, de probanzas testimoniales, nos hallamos frente a elementos de convicción que, por su propia naturaleza, deberían ser practicados de modo inmediato y oral en debate. Sin embargo, cuando concurren ciertas circunstancias calificadas, el legislador previó que, excepcionalmente, se reciban fuera de él mediante un trámite que, en la medida de lo posible y salvo casos de extrema urgencia, satisfaga principios propios del juicio oral, como la oralidad y la intervención irrestricta de las partes, con el propósito de que estas puedan presenciar el acto, efectuar interrogatorios y plantear los cuestionamientos e impugnaciones que*

estimen pertinentes. [...] el artículo 293 autoriza el anticipo de prueba testimonial siempre y cuando se verifique la concurrencia de alguno de estos presupuestos: i) que, por un obstáculo difícil de superar, se presuma que la declaración no podrá recibirse en juicio; o, ii) cuando por la complejidad del asunto exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce [...] En lo relativo al anticipo de una declaración cuando “por algún obstáculo difícil de superar, se presuma 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” –juicio donde habrán de imperar elementales criterios de la experiencia común, sin perjuicio del auxilio de peritos–, así como emitir un juicio de probabilidad, de manera que sea presumible o previsible que la declaración no podrá ser recibida en debate. Desde luego, la validez de tales juicios –que deberán expresarse siempre en resoluciones fundadas– es revisable tanto en virtud del uso de medios impugnativos como por vía del reclamo por actividad procesal defectuosa”. En el presente caso, consta en el folio 32 que el ofendido compareció ante el Ministerio Público a las 14:30 horas de 9 de febrero de 2005 con el propósito de informar que: “... el día de mañana jueves diez de febrero del año en curso a eso de las dos de la mañana estaré saliendo con rumbo hacia Nicaragua ya que aquí en Costa Rica no tengo medios económicos para hacerme las respectivas curaciones por lo que me voy a Nicaragua y no sé si voy a volver”. En virtud de tal manifestación, la fiscalía solicitó al juzgado penal la práctica del anticipo jurisdiccional de la prueba y la jueza la acogió, tras tomar en cuenta que el testigo es un ciudadano extranjero (nicaragüense) presto a retornar a su país de origen en pocas horas y de manera expresa se indicó en la resolución que se prescindía de la presencia del imputado, atendiendo a que se hallaba recluido en el Centro de Atención Institucional de San José, lo que imposibilitaba trasladarlo a tiempo a la sede del tribunal, en Puerto Viejo de Sarapiquí, para que participara en la diligencia (ver folio 34). La Sala no tiene reparo alguno que hacer al procedimiento seguido. Salta a la vista que existió un motivo legítimo que justificó la práctica del anticipo y que consistió en la inminente salida del país

de la víctima, a fin de procurarse en su nación de origen los medios económicos para curarse de las heridas que sufrió a raíz de la tentativa de homicidio de que fue objeto. El argumento de la defensa de que el ofendido gozó de tiempo suficiente para informar al despacho de sus pretensiones de abandonar el territorio nacional, es inatendible. Dadas las circunstancias (con el proceso ya iniciado), no podía obligársele a suspender o postergar su decisión personal de marcharse y a permanecer en el país por un lapso mayor del estrictamente requerido para evacuar su testimonio y, en cuanto a las motivaciones que tuvo para adoptar la decisión, además de que se encuentran plenamente justificadas (necesidad de proveerse de atenciones médicas que no podía costearse en Costa Rica), son en realidad irrelevantes, pues ningún impedimento afrontaba para abandonar el país por la razón que fuese (por necesidad o por gusto) y en el momento que lo deseara. Lo que interesa y prevé la ley es que su testimonio pueda recibirse anticipadamente, a través de un acto que se halla regulado con ese propósito, pero no es posible discutir la validez de tal acto a partir de cuestionamientos en torno de la decisión del ofendido de regresar a su país de origen, ya que no existe vínculo alguno entre este extremo y la licitud del procedimiento. A lo sumo, esas motivaciones de abandonar el territorio nacional podrían discutirse y tomarse en cuenta al momento de valorar la probanza, si el punto tuviese algún interés, mas no, se reitera, para enjuiciar la validez de su recepción. El Ministerio Público y el juzgado penal actuaron conforme a derecho, a partir de lo que se les informó y tras constatar la obvia previsibilidad de que la víctima no comparecería a declarar en el debate. Es evidente, por otra parte, que se estaba ante un caso de extrema urgencia, conforme lo prevé el artículo 294 del Código Procesal Penal, ya que el testigo saldría del país en pocas horas, lo que justificaba prescindir de la citación o la remisión del imputado, quien se encontraba recluido en un centro muy alejado de la sede del tribunal, haciéndose con ello imposible adoptar medidas para asegurar su presencia oportuna en el anticipo probatorio. Esta imposibilidad material, atendiendo a la urgencia de evacuar la probanza, se enmarca sin forzamiento en las excepciones que prevé el artículo 294 de cita para prescindir de la citación del justiciable. Por último, el acto se llevó a cabo con la intervención activa de la defensa técnica (la aquí recurrente), quien representó a su defendido, formuló las preguntas que estimó pertinentes y útiles para el mejor ejercicio de

su tarea y agotó los medios impugnativos a su disposición en procura de tutelar su punto de vista, aunque no fuese atendible (ver folios 36 al 40). Así las cosas, concluye la Sala que no se aprecia defecto alguno en el procedimiento seguido para practicar el anticipo jurisdiccional de prueba, en su introducción como tal en el debate ni en el hecho de que sirviera de sustento a la sentencia condenatoria impugnada. Por lo dicho, se declara sin lugar el recurso.

(S 256-06 de las 16: 25 hrs. del 27-03-06 de la STC).

Síntesis del caso

Alega la defensa del imputado que la valoración de prueba resulta ilegítima, por haber sido obtenida en el segundo allanamiento practicado en casa de su representado, con violación del derecho de intervención, asistencia y representación del justiciable. Expresa la defensora que, a pesar de tratarse de un defecto de carácter absoluto, la defensa lo hizo ver desde la etapa preparatoria, sin embargo, el único argumento de los jueces de mérito para rechazarlo fue que no se había planteado formalmente y en el momento oportuno el incidente. En relación con las diligencias de allanamiento realizadas en la casa y vehículo del imputado, no se indican en las resoluciones que las ordenaron, el motivo de urgencia ni las razones para omitir notificación previa a la defensa. De manera tal que sin justificación alguna, “[...] se negó deliberadamente al imputado [...] y a su Defensora la oportunidad de estar presentes y ejercer los derechos y facultades que la ley confiere [...]”. Tampoco había riesgo de alteración de rastros o necesidad procesal para excluir a la defensa y al encartado –aduce la defensa– ya que en el lugar se había llevado a cabo ya un allanamiento con anterioridad, además de que el imputado se encontraba preso. Refiere que tratándose de diligencias con valor probatorio y donde el encartado se encontraba debidamente individualizado y su defensora era localizable, no se justifica que se haya omitido notificarles, pues era su derecho participar en estas.

¿Estima usted que debió notificarse a la defensa la realización de los allanamientos? ¿Cómo debió haberse procedido? ¿Considera que se vulneró el derecho de defensa? Si, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la participación del defensor del imputado en las diligencias de allanamiento, estableciendo las notas distintivas con relación al anticipo jurisdiccional de prueba: “[...] respecto a la intervención del defensor en el allanamiento [...] podría pensarse que por afectar derechos fundamentales, el allanamiento debe verificarse de acuerdo a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 ibídem). No obstante, dada la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo Código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y sólo en caso de estimarse necesario, se solicitará la intervención de un defensor público (artículo 294). Evidentemente, esto encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aún cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación –por razones de urgencia– debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular). En estos casos, puede designarse un defensor público para que asuma la representación del encartado - exclusivamente para tal diligencia - en el entendido de que - de inmediato - las actuaciones deberán ponerse en conocimiento del Letrado escogido por el justiciable o asignado por la Defensa Pública[...].” (Sala Tercera, N° 1453 de las 9:00 horas del 19 de noviembre de 1999. Ver en igual sentido: N° 1114 de las 9:10 horas del 3 de septiembre de 1999, N° 2467 de las 15:48 horas del 14 de abril de 1998 y N° 1331 de las 9:40 horas del 19 de noviembre de 2004). Ahora bien, no obstante en la especie el encartado sí se encontraba debidamente individualizado, tal y como se indica en el pronunciamiento transcrito, la naturaleza misma de la diligencia suponía que no se pusiese sobre aviso al endilgado, pues de lo contrario podría haberse dado al traste con lo fines propuestos. En el caso específico, el motivo del allanamiento, consistía en que peritos del departamento de audio visuales inspeccionaran y fijaran sitios de la casa y del vehículo tipo microbús del justiciable, donde se habían grabado vídeos y tomado fotografías los cuales fueron secuestrados con anterioridad, y constituyen parte del elenco probatorio de los

*ilícitos sexuales perpetrados en perjuicio de B.Ch. (cfr. folios 102 a 104). Resulta evidente que tal tarea dependía, para su éxito, de que la ubicación de los objetos en los espacios de interés se mantuviera íntegra. La práctica de la diligencia en cuestión, por antonomasia, exigía la no puesta en conocimiento previo de su realización, al imputado y a su defensa técnica, si bien no porque no se encuentren aún individualizados los posibles inculcados, sino porque la naturaleza de la diligencia suponía que las escenas no fuesen alteradas. Por tal razón, son plenamente aplicables aquí los principios establecidos en la resolución supra citada. Siendo que los intereses del acusado fueron resguardados por el Juez de Garantías, quien participó en el allanamiento, y que se puso en conocimiento de la defensa técnica las evidencias recabadas a través de dicha diligencia, no se observa el agravio sufrido por la parte en el caso que nos ocupa y en tal sentido, debe declararse **sin lugar** la gestión.*

(Sentencia 965-05 de las 9: 40 hrs. del 26-08-05 de la Sala Tercera de la Corte).

Síntesis del caso

La defensa del sentenciado interpone un recurso de revisión contra el fallo que condenó a su representado, a la pena de cinco años de prisión por el delito de tenencia de droga para el tráfico cometido en perjuicio de la salud pública. Como uno de los motivos del recurso alega quebranto del debido proceso, ya que no contó con la presencia o asesoramiento de un defensor técnico en el instante que fue detenido por los agentes de Policía, a pesar de que el artículo 13 del Código Procesal Penal le reconoce a toda persona el derecho de contar con una “*defensa técnica letrada*”, desde el primer momento de la persecución penal.

La Policía Judicial tuvo información confidencial en el sentido de que el imputado recibiría una encomienda de ropa donde podía haber droga, razón por la cual, los oficiales del O.I.J., en compañía de oficiales de la Fuerza Pública destacada en Quepos, se presentaron a la terminal de buses y ahí interceptaron al sentenciado a quien entrevistaron y registraron posteriormente la encomienda que venía a su nombre, para lo cual el sentenciado les dio su consentimiento y se corroboró así la información recibida.

¿Considera usted que el imputado debió estar asistido por un defensor? ¿A su juicio, se vulneró su derecho de defensa? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

La solicitud no es de recibo. Tanto como lo disponía el anterior sistema de enjuiciamiento penal, como se establece en la actualidad, con el Código Procesal Penal de 1996, ambos cuerpos normativos relacionados con lo que prevé la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Policial, la Sala no observa arbitrariedad o ilegalidad alguna en el actuar de los oficiales de policía que procedieron a detener al gestionante V. G. el 31 de marzo de 1999, específicamente cuando se detectó que en efecto podía existir droga en la “**encomienda**” o “**ropa**” que le había sido enviada desde San José hasta Quepos. En este sentido, la policía judicial, como entidad investigadora (“represiva”) que es, dentro de sus funciones cuenta con una serie de facultades que le permiten intervenir inmediatamente cada vez que tiene noticia de un hecho delictivo, sea que ya haya ocurrido, está ocurriendo o vaya a ocurrir. Esta actividad, conforme a los parámetros de legalidad que orientan su labor y que se encuentran previstos en los cuerpos normativos que se citan, le posibilitan actuar de oficio, o bien, de acuerdo con las circunstancias, ante la solicitud que le presente la respectiva autoridad judicial. El artículo 285 del Código de rito vigente prevé de manera específica esta situación, al indicar que “La policía judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos de acción pública; impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables y reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para basa la acusación o determinar el sobreseimiento” (puede verse también el artículo 3 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial). Asimismo, como consecuencia de esta facultad, se le permite realizar, entre otras actividades de investigación, las siguientes: “...b) Cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados. c) Si hay peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones,

planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje una adecuada investigación. c) Proceder a los allanamientos y las requisas, con las formalidades y limitaciones establecidas en este Código... g) Citar, aprehender e incomunicar al presunto culpable en los casos y forma que este Código Autoriza. h) Entrevistar e identificar al imputado respetando las garantías establecidas en la Constitución y las leyes” (Arts. 286 del Código de rito y 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial). Consecuentemente, la policía judicial cuenta con amplias facultades para ejecutar una serie de actos de virtual importancia a nivel procesal, sea de oficio o a solicitud de la autoridad judicial respectiva; claro está, con estricto apego a las formalidades y exigencias de legalidad que se han previsto en el ordenamiento jurídico. No en vano, por ejemplo, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho que: “cabe agregar 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.” (**SALA TERCERA DE LA CORTE**, Sentencia No. 2001-00366, de las 11:12 horas del 6 de abril de 2001). En el caso que nos ocupa, el solicitante cuestiona la labor de los agentes del Organismo de Investigación Judicial, que se hicieron acompañar también por miembros de la Fuerza Pública destacada en la ciudad de Quepos, al proceder a entrevistarlos y luego revisar la encomienda que venía a su nombre desde San José. Considera que, por ser un acto con el que se dio inicio al proceso, debió contar con un abogado defensor en este momento para que lo asistiera como en derecho correspondía, ya que este requisito constituye una garantía fundamental que se encuentra contemplada en la ley procesal y que resulta aplicable a toda persona sospechosa de haber cometido o estar cometiendo un hecho delictivo. No obstante lo anterior, se estima que no es atendible el alegato y, por ende, no existe ningún vicio o defecto que afecte la validez de la actividad policial ni la prueba que, a partir de su intervención, se generó en esta causa.

III.- Si bien es cierto que toda persona sospechosa de haber cometido

o estar cometiendo un hecho delictivo tiene el derecho de contar con una defensa técnica que la represente y proteja sus intereses desde el inicio del proceso, no cualquier omisión en este sentido acarrea la nulidad de todo lo actuado, ya que ello dependerá de la trascendencia de la situación y de las circunstancias que la rodean. No siempre el conocimiento que en un primer momento tiene o se le brinda a la policía sobre la existencia de una actividad delictiva resulta ser cierto. Suele suceder que la información que se recibe, en su mayoría anónima, no ofrece en una gran cantidad de ocasiones mayores elementos de juicio que permitan determinar previamente la veracidad o no de lo que se acusa o informa, y con ello la probabilidad de que se está ante un hecho delictivo que amerita un actuar conforme a todos los requerimientos que la ley exige. No es posible entonces que en todas las oportunidades la policía se presente, al lugar en donde se supone ocurrió o está ocurriendo un ilícito, haciéndose acompañar por las autoridades judiciales respectivas, incluso por un defensor, para poder estimar así que la actividad que despliega es legítima. La exigencia de que de actuar en presencia de un fiscal, un juez y un defensor en cualquier acto u operativo policial que se ejecute, sin importar la naturaleza del mismo o el origen de la información que lo motivó, sería materialmente imposible de satisfacer, pues, además de que –como es de todos conocido– que no se cuenta ni se contaría con los recursos materiales y humanos suficientes para ello, en la mayoría de los casos dicho requerimiento implicaría un entramamiento del sistema en general. Particularmente si se parte que no en todas las oportunidades es necesaria la presencia de estos sujetos en la diligencia que se realiza, pues algunas de éstas no constituyen ni siquiera delito, o bien, incluso, se desconoce si existe o no un imputado que requiera la asesoría de un letrado (sobre la necesidad de un defensor en esta clase de diligencias previas, véanse las sentencias de esta Sala **No. 1999-0468** de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999, o la **No. 2000-0303** de las 10:10 horas del 17 de marzo de 2000). Conforme a lo dicho, la Sala no encuentra que se haya producido defecto o violación alguna al derecho de defensa que acusa el gestionante. La presencia de los agentes policiales en la terminal de buses de Transportes Morales en Quepos respondió tan solo a una “**supuesta información**” de un “**posible envío**” de droga a nombre de G.V.G., pero sin contar con mayores elementos de juicio para determinar que ello era cierto o

al menos probable. Es hasta que G.V.G en efecto se presentó al lugar y solicitó la encomienda que le fue enviada, que la información que se tenía comienza a adquirir alguna fortaleza. Sin embargo, todavía en este instante la misma no era suficiente, ya que el hecho de que efectivamente aquél se hubiese presentado a dicho lugar no constituía algún indicio o elemento relevante de que había cometido o cometería un delito. Cosa distinta sucede cuando, una vez que se le indicó la razón por la que los oficiales se encontraban en el lugar e incluso ante su anuencia o colaboración voluntaria que prestó para que se practicara un registro de sus bienes (y no una requisita, ya que ésta es sobre la vestimenta o el cuerpo de las personas), es decir, un registro sobre la encomienda que le fue enviada, es que se establece que algo extraño venía en una de las prendas de vestir que mostró, en forma concreta: en un pantalón. En otras palabras, es hasta este instante que la información que había recibido la policía adquiere algún grado de probabilidad y, ante tal hecho, se decide suspender la diligencia para que la autoridad judicial respectiva, en esta oportunidad la representante del Ministerio Público en Quepos, continuara con ella; no sin antes, por supuesto, de acuerdo con lo que consta en el expediente, asegurar el estado de las cosas y aprehender momentáneamente, ahora sí, al presunto o posible autor de un hecho delictivo (ver normas antes citadas sobre las potestades de la policía judicial). No aprecia, en consecuencia, esta Sala en dónde reside el defecto o vicio que se reclama, como ya se indicó, pues incluso, una vez que se llevó a [al imputado] ante el ente acusador, previo a examinar con detenimiento lo que contenía la prenda de vestir decomisada, se llamó a un defensor público para que vigilara y velara por la legalidad de la actividad que se estaba llevando a cabo, como también para que brindara, en la medida que fuera necesario, la asesoría correspondiente al endilgado.

(S 1055-02 de las 9: 15 hrs. del 25-10-02 de la STC).

Síntesis del caso

El imputado presenta un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a doce años de prisión por tres delitos de abuso sexual contra persona menor de edad. Alega que durante la audiencia oral, al momento de tomarle la declaración al ofendido, este refirió un tercer hecho constitutivo de abuso sexual que no estaba contenido en la acusación originaria, por lo que el Ministerio Público, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 347 del CPP, amplió la acusación, incluyendo ese nuevo hecho.

El tribunal confirió audiencia a las partes sobre la ampliación y le preguntó a la defensa si requería la suspensión del juicio, a lo que esta señaló que solo necesitaba treinta minutos para prepararse. El recurrente señaló que el Ministerio Público no tuvo oportunidad de realizar investigación alguna sobre este hecho.

¿Considera usted que procedía una ampliación de la acusación? ¿Estima que se ha dado alguna vulneración al derecho de defensa?

Decisión del tribunal

El reclamo es procedente: *Tal como lo indica el recurrente (ver transcripción del acta de debate a folio 87), durante la declaración del menor ofendido, él relató un tercer hecho no incluido en la acusación. Ante esa situación, la Fiscalía amplió la acusación para contemplar ese nuevo hecho y el Tribunal confirió audiencia a las partes sobre la ampliación, preguntándole a la defensa si requería la suspensión del juicio para prepararse. Pese a que la defensa sólo requirió treinta minutos, lo cierto es que ello no convalida el defecto que aquí se aprecia y que consiste en la improcedencia, en este caso, de la ampliación de la pieza acusatoria. Si se lee el artículo 347 del Código Procesal Penal, se advierte que la posibilidad de ampliar la acusación está prevista cuando en juicio surja un hecho nuevo o una nueva circunstancia que modifique la calificación legal de lo acusado o que integre un delito continuado. Es decir, no se prevé la posibilidad de ampliar la acusación para que abarcar todo hecho nuevo, sino sólo aquellos que inciden en la calificación legal de los ya acusados (como, por ejemplo, una circunstancia agravante o atenuante), o bien, aquellos que configuran un nuevo elemento fáctico de un delito continuado. En el presente caso, el hecho surgido en debate constituiría un*

nuevo delito, pero no un factor que modifique la calificación legal de los hechos acusados. Además, tratándose de abuso sexual contra persona menor de edad, este ilícito no puede configurarse en la modalidad de delito continuado. Así que en la especie no se reunían los requisitos para que pudiera ampliarse la acusación, por lo que lo actuado respecto del hecho surgido en debate (consistente en un abuso que habría ocurrido entre octubre y noviembre de 2000, cuando el ofendido habría visitado la casa del imputado para ver la película “Rambo”, hecho que el a quo tuvo por probado y que señaló como el número 4) a folio 61) debe ser anulado y declarado ineficaz. Cabe agregar que en este asunto no es posible ordenar el reenvío de la causa al Tribunal de origen para que se vuelva a sustanciar el debate y la sentencia en cuanto a ese específico punto, pues el mismo no ha sido legalmente acusado. De allí que lo procedente en esta causa es testimoniar las piezas correspondientes ante el Ministerio Público para que actúe como corresponde, manteniéndose sin modificación alguna la sentencia impugnada en todo lo no afectado por el único extremo que debe anularse. Por lo anterior, resuelve esta Sala declarar con lugar el primer motivo del recurso de casación formulado por [el imputado] y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida y el debate que le precedió, únicamente en lo que respecta al cuarto hecho probado, que es el atribuido al encausado durante la audiencia oral y pública del 3 de junio de 2004 y que motivó la ampliación de la acusación, y ordenar el testimonio de piezas para que el Ministerio Público proceda como corresponde. En todo lo demás, el fallo impugnado permanece incólume, específicamente en lo que se refiere a la condena de J. E. S.R. por los hechos probados 1, 2 y 3, calificados como dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad, cometidos contra J.A.G.B. y sancionados cada uno de ellos con la pena de cuatro años de prisión, debiendo entonces el encartado descontar el total de ocho años de prisión.

(S 245-06 de las 15: 30 hrs. del 27-03-06 de la STC).

Síntesis del caso

En la audiencia preliminar, se conoce de una acusación formulada por el Ministerio Público, donde se indica:

Durante el año del dos mil tres y hasta el mes de agosto del dos mil cuatro, en la vivienda de la agraviada T.T.R.S., sita en Barrio Pacuare Nuevo, casa R- treinta y ocho el encartado M.F.A., aprovechando la corta edad de la menor ofendida y la relación de parentesco que lo unía con la niña, en un número indeterminado de ocasiones, con el pretexto de jugar a las cosquillas con la ofendida, con evidentes fines sexuales le tocó con sus manos la vagina sobre la ropa que vestía.

El juez estima que dicha acusación carece de elementos circunstanciales que determinaran con claridad una ubicación espacio temporal más detallada de los hechos imputados, por lo que le previene a la fiscal para que subsane el defecto respectivo, precisando aspectos de tiempo y número de acciones. La fiscal corrige la acusación, y se redactan los hechos de la siguiente manera:

2. Durante el período comprendido entre los meses de septiembre del dos mil tres y agosto del dos mil cuatro, en al menos una ocasión mientras el encartado M. A.F., se encontraba en la sala de la casa de la ofendida T.T.R.S, situada en Barrio Pacuare Casa R- treinta y ocho, observando televisión, el acriminado con el pretexto de jugar a las cosquillas con la niña, de manera libidinosa aprovechó la corta edad, la vulnerabilidad y la relación de parentesco que lo unía con la agraviada y con la mano sobre la ropa le tocó la vagina.-3. Entre los meses de setiembre del dos mil tres y febrero del dos mil cuatro, en la casa de la ofendida T.T.R.S., ubicada en la dirección ya indicada, con anterioridad a que la niña entrara al kinder, el encartado M. A.F., con el pretexto de jugar a las cosquillas con la niña aprovechó la corta edad, la vulnerabilidad y la relación de parentesco que lo unía a la agraviada y con evidentes fines sexuales con la mano sobre la ropa le tocó la vagina.- 4. Entre los meses de febrero y agosto del dos mil cuatro, en la casa de la ofendida T.T.R.S., ubicado en el domicilio mencionado, con posterioridad a que la niña entró al kinder el encartado M.F., con el pretexto de jugar a las cosquillas con la niña aprovechó la corta edad, la vulnerabilidad y la relación de parentesco que lo unía a la agraviada y en forma libidinosa con la mano sobre la ropa le tocó la vagina.

Con base en esta acusación, se realizó el juicio oral y público.

¿Estima usted que procedía una corrección de la acusación en la audiencia preliminar? ¿En su criterio se vulneró el derecho de defensa del imputado?

Decisión del tribunal

Se extrae de lo anterior que la redacción de los hechos es diferente a la realizada por el ente fiscal en la acusación anterior, lo cierto es que se desprende que no incorpora hechos nuevos o bien circunstancias desconocidas por el imputado, únicamente se precisa el espacio temporal y el número de veces, tal es así que en ambas relaciones de hechos descritas, la modalidad de la acción es la misma, el lugar no varía, la víctima no cambia, el imputado se mantiene, el plazo del tiempo (aspecto a corregir según la prevención del juez penal), se precisa y secciona, pero no se amplía y finalmente de un número indeterminado de veces, se pasa concretamente a tres ocasiones determinadas. En otras palabras, se está ante la misma hipótesis fáctica con un formato diferente que precisa únicamente parámetros temporales y un número determinado de veces respecto a la acción delictiva que había sido puesta en conocimiento previamente al encartado e incluso, una vez hechas las correcciones se realiza una nueva audiencia oral para no causar agravio alguno al imputado, tal y como lo dice la juez de la etapa intermedia: “la resolución de las trece horas treinta minutos del siete de marzo de dos mil cinco, se encuentra ajustada a derecho, por cuanto se previene al Ministerio Público la subsanación de un defecto formal saneable, por cuanto se echa de menos una precisión en aspectos de tiempo y número de acciones a indicar, no se remite a efectos de modificar la relación de hechos o incluir acciones nuevas, sino única y exclusivamente en cuanto a precisión temporal y número de acciones. Ambas partes deben tener presente que la etapa intermedia servirá para el control de legalidad y formalidad de lo actuado, así como la preparación de la prueba para el debate oral. Este es el momento procesal oportuno, previsto para el examen de la acusación y la corrección de errores. Ningún agravio procesal se le ha causado al imputado con la resolución de esta juzgadora, ya que éste pudo ejercer su defensa en debida forma y más bien contó con una nueva oportunidad al señalarse una nueva audiencia preliminar para el examen de la acusación y la posibilidad de buscar una salida alternativa al juicio [...]” (folio 91). De tal forma,

esta Sala concluye en primer lugar que no se está en presencia de dos acusaciones distintas, sino que prevalece aquella acusación donde se corrigieron los errores materiales prevenidos por la Jueza de la etapa intermedia, igualmente se determina que el imputado no queda en ningún momento en un estado de indefensión, puesto que él mismo conocía de los hechos que se le imputaban con anterioridad en razón de que no cambian sino que se precisan las circunstancias de tiempo y número de veces, sin variar la acción típica, sin que se aumenten las acciones imputadas, al contrario, se limitan a efecto de garantizar el derecho de defensa.

(S 330-06 de las 9: 25 hrs. del 28-04-06 de la STC).

Síntesis del caso

El Ministerio Público interpone un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado por el delito de receptación de cosas de procedencia sospechosa. Asevera que el tribunal de sentencia inobservó el artículo 347 del Código Procesal Penal al impedirle a la Fiscalía efectuar en debate una ampliación de la acusación por el delito de robo, dejando insubsistente la acusación por el delito de receptación de cosa de procedencia sospechosa, por el que luego fuera absuelto el imputado J.A.A.R.

Estima el recurrente que el proceder del tribunal supuso un defecto procesal absoluto, por cuanto afectó la iniciativa y participación del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, según el artículo 178, inciso c) del Código Procesal Penal. Afirma que durante el debate, el imputado aceptó haber sustraído la bicicleta que se decía receptada, lo que justifica su pretensión.

¿En su criterio, procedía la corrección de la acusación? ¿Cuál sería la decisión correcta?

Decisión del tribunal

*En realidad la pretensión de la recurrente no puede tener fundamento en el artículo 347 del Código Procesal Penal que establece: “**Ampliación** de la acusación. Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán **ampliar** la acusación, mediante la inclusión de un **hecho nuevo o***

una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la **calificación legal** o **integra un delito continuado**. En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación [...] Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la **ampliación quedarán comprendidos en la acusación**" [la cursiva no pertenece al original]. Debe tenerse en cuenta tres aspectos. Primero, la facultad de ampliar la acusación supone únicamente la posibilidad de añadir, adicionar o incorporar elementos fácticos que no varían la esencia ni naturaleza del hecho ya contenido en la acusación. Segundo, estos elementos están constituidos, por un lado, por un hecho nuevo que implica la existencia de un delito continuado con el respectivo efecto penológico previsto en el artículo 77 del Código Penal; y, por otro lado, por una circunstancia modificativa –atenuante o agravante– de la pena con la consecuente repercusión en la calificación legal al tratarse, entonces, de un tipo penal atenuado (privilegiado) o agravado (cualificado). En ninguno de estos casos se afecta el núcleo esencial del supuesto de hecho de referencia para el delito acusado, en virtud de que la repercusión opera principalmente en sede de las consecuencias jurídicas previstas en la normas con motivo de los elementos fácticos novedosos. Además, obsérvese que el artículo 347 del Código Procesal Penal no excluye la posibilidad de que se amplíe la acusación introduciendo circunstancias atenuantes de la pena, pues aún tratándose de un tipo penal privilegiado, cabe siempre la posibilidad de que recaiga una condena y, por ende, una sanción –aunque disminuida–, respecto de la cual en absoluto se puede negar a la defensa técnica y material las posibilidades de cuestionar y discutir todo lo acusado según los cauces que de seguido se exponen. Y, tercero, por consiguiente, en resguardo del derecho de defensa debe permitírsele a la persona imputada declarar sobre esos extremos relativos al hecho acusado, así como posibilitarle a ésta y a su defensor/a solicitar la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa por un plazo de diez días en un procedimiento ordinario o veinte días en un procedimiento de tramitación compleja, según los artículos 347 párrafo segundo, 336 inciso g) y 378 inciso c) del Código Procesal Penal. En el presente caso, la fiscal admite que su objetivo durante el debate era formular una nueva acusación por un delito de robo, prescindiendo de la acusación por el delito de receptación, a pesar de que a lo largo

de su escrito de impugnación pretenda calificar tal proceder como una “ampliación” y no como un cambio esencial de la acusación al tratarse de conductas delictivas de naturaleza diversa. Ello es motivo suficiente para no acoger la pretensión de la recurrente, toda vez que incurre en un error al interpretar el ámbito y los alcances del artículo 347 del Código Procesal Penal. Esta Sala en múltiples resoluciones ha reiterado que este precepto no contempla la posibilidad de realizar nuevas acusaciones o introducir variaciones sustanciales en los escritos de acusación durante el debate, sino sólo ampliar las ya existentes en los términos indicados, pues lo contrario conduciría a irrespetar el derecho a la igualdad procesal entre las partes y el derecho de defensa con el tiempo y medios adecuados, que constituyen límites al poder punitivo estatal en el modelo de Estado costarricense y que derivan de los artículos 1, 6, 12, 13, 63, 82, 303, 326, 347 y 365 del Código Procesal Penal, de los artículos 11, 39 y 154 de la Constitución Política, de los artículos 1 y 8 párrafos 1 y 2 incisos b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los artículos 2 y 14 párrafos 1 y 3 incisos a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, como ejemplo, se pueden consultar las resoluciones: 999-2005, de 2 de septiembre de 2005; 375-2005, de 6 de mayo de 2005; 248-2005, de 1 de abril de 2005; 167-2005, de 11 de marzo de 2005; 32-2005, de 28 de enero de 2005; 965-2004, de 13 de agosto de 2004; 685-2003, de 12 de agosto de 2003; 141-2002, de 22 de febrero de 2002; 46-1999, de 15 de enero de 1999; 112-98, de 5 de febrero de 1998; y 132-98 (considerando XXIV), de 20 de febrero de 1998. Si el Ministerio Público estimó durante el debate que, en realidad, se trataba de un delito de robo y no de receptación, cabía la posibilidad de proceder conforme al artículo 152 o al artículo 289 del Código Procesal Penal, sin que por ello se vea afectado el principio de única persecución o non bis in idem previsto en el artículo 11 del Código Procesal Penal y en el artículo 42 de la Constitución Política, pues al justiciable A.R. se le imputó en perjuicio de H.Z.V. y de la Administración de Justicia la receptación de la bicicleta de aquella, no su sustracción.

(S 1504-05 de las 16: 25 hrs. del 22-12-05 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor público del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su representado a ocho años de prisión por el delito de tenencia o posesión de droga con fines de tráfico. Como uno de los motivos del recurso, señala que se lesionó el derecho de defensa, pues durante la celebración de la audiencia preliminar, el Ministerio Público varió elementos de la acusación que resultaron sorpresivos para la defensa. Puntualiza el recurrente que el órgano acusador formuló la imputación sin contar hasta ese momento con el análisis químico de la evidencia que arribó hasta la audiencia preliminar, de manera que según los hallazgos de la pericia, el fiscal hizo un cambio en lo que a la descripción de la droga se refería e introdujo un elemento “*que sorprendió*” a la defensa, a saber, la existencia de 1.67 gramos de cocaína base “crack”, aspecto que se ignoraba y, que hasta esa altura procesal, no había sido puesta en conocimiento de la defensa, lo que implica que *se introdujeron elementos nuevos que cambiaban sustancialmente la imputación original, no solo en cuanto a la cantidad de drogas, sino en cuanto a la calidad, pues se agregó otra especie de droga que nunca se consideró en la etapa de investigación.*

Al autorizar el juez de la etapa intermedia la variación de la pieza acusatoria, se concedió –aduce el impugnante– una ventaja al Ministerio Público en detrimento de la posición del acusado. Señala que la defensa hizo formal protesta al respecto durante la audiencia preliminar sin que los reclamos fueran acogidos. En su criterio, si bien se pueden corregir errores materiales en la acusación, esto no alcanza para variar elementos sustanciales como sucedió en este caso.

El Ministerio Público formuló la imputación por tráfico internacional de droga, con sustento en la información que se desprendía del acta de apertura de la evidencia que se realizó al momento de su decomiso y con el resultado positivo por cocaína que arrojó a la prueba de campo. En ese momento, el paquete fue pesado en las oficinas del Correo de Alajuela, y con esos datos se incluyó el detalle de la sustancia que el imputado se dispuso a enviar al extranjero, teniendo claro que se trataba de cocaína. En la audiencia preliminar, incluso antes de que esta se realizara, arriba al proceso el resultado de la pericia que consta cuando las partes acudieron ante el juez y, de esta forma, el fiscal corrige la descripción de ese paquete para añadir una parte de la evidencia que no pudo ser detectada, sino hasta que se revisó en el laboratorio, cuando se realizó la apertura total del paquete, a saber: una pequeña bolsa plástica adherida al paquete principal, con 1. 67 gramos de cocaína base “crack”.

¿Estima usted que procedía la corrección de la acusación? ¿En su criterio, se vulnera el derecho de defensa del imputado?

Decisión del tribunal

En el caso concreto el Ministerio Público formuló la acusación en un breve lapso de tiempo, considerando además que el acusado estaba detenido y la hizo con sustento en la información que se desprendía del acta de apertura de la evidencia que se realizó al momento de su decomiso y con el resultado positivo por cocaína que arrojó al prueba de campo. En ese momento el paquete fue pesado en las oficinas del Correo de Alajuela y con esos datos se incluyó el detalle de la sustancia que el imputado se dispuso a enviar al extranjero, teniendo claro que se trataba de cocaína. Es en la audiencia preliminar, incluso antes de que ésta se realice, que arriba al proceso el resultado de la pericia, que consta cuando las partes acudieron ante el juez y de esta forma, el fiscal procede a corregir la descripción de ese paquete, para añadir una parte de la evidencia que no pudo ser detectada sino hasta en el Laboratorio, cuando se realizó la apertura total del paquete, a saber, una pequeña bolsa plástica adherida al paquete principal, con 1,67 gramos de cocaína base “crack”. Se trata de una precisión que hace el fiscal en cuanto al detalle de la evidencia decomisada y no de una variación sustancial o de la inclusión de hecho nuevo alguno o de naturaleza desconocida para el acusado y su defensor y tampoco se ha creado un desequilibrio procesal que deslegitime la imputación. La etapa procesal en que se realiza es precisamente una preliminar donde hay la posibilidad de solicitar lo pertinente y de gestionar nuevas pericias, informes más detallados e incluso tiempo para preparar la defensa si fuera del caso, porque se trata de una etapa previa al juicio. Adicionalmente debe señalarse que la corrección se da antes de que formalmente se realice la audiencia preliminar, a la que se llega ya con la acusación en tales condiciones, sin que se haya afectado por ello el derecho de defensa de forma alguna en cuanto al detalle de lo que se atribuía a G.V, todo lo cual nos conduce a afirmar que no se lesionó el derecho de defensa con la corrección hecha por el Ministerio Público, de manera tal que los reclamos en cuanto a este extremo deben ser rechazados.

(S 85-05 de las 10:20 hrs. del 11-02-05 de la STC).

Síntesis del caso

Como primer motivo del recurso de casación, el defensor del imputado alega que durante la audiencia preliminar se efectuó una corrección de la pieza acusatoria y se introdujo una especificación de la conducta atribuida que implicó una variación sustancial y que resulta repentina e intempestiva.

Por cuanto, inicialmente se endilgaba a su defendido el haber mostrado de manera perversa su pene a la menor y masturbarse frente a ella hasta eyacular. No obstante, se agregó el hecho de que el imputado le solicitó que le colocara un condón, a la que ella obedeció. Afirma el recurrente que esa modificación era improcedente, pues ya había precluido la fase procesal para formular la acusación.

¿Considera que podía modificarse la acusación en la audiencia preliminar?

¿Estima que se ha lesionado el principio de defensa del imputado?

Decisión del tribunal

El reproche no es de recibo: Estiman los suscritos Magistrados que no se está ante una situación que vulnere el derecho de defensa que le asiste al imputado P.L.A. Obsérvese que el reclamo central del recurrente es que antes de la modificación del hecho primero de la pieza acusatoria, en ese apartado no se atribuía al justiciable ninguna actuación ilícita, pero que luego de la corrección, sí. A juicio de esta Sala, el dicho del impugnante no se ajusta a lo que se deriva del expediente. Ello por cuanto en lo acusado en el hecho primero del requerimiento fiscal se atribuye al endilgado el haber mostrado de manera perversa su pene a la menor y masturbarse frente a ella hasta eyacular, al tiempo que le pedía que le colocase un condón para explicarle así cómo se utilizaba el mismo en las relaciones sexuales. Como se ve, sí se atribuía al imputado una conducta que, de acreditarse como cierta, eventualmente se enmarcaría en el supuesto del artículo 167 inciso 1) del Código Penal. Lo que se agregó mediante la corrección fue que tras la solicitud del acusado, la menor hizo lo que él le pidió, sea que le colocó el condón. Con esta modificación, el hecho, de demostrarse como cierto, podría pasar de enmarcarse en el artículo mencionado a estar regulado por lo establecido en el artículo 161 del Código Penal. Como se ve, el problema suscitado con la modificación hecha en la audiencia preliminar no es el de la

atribución de un delito, pues en el hecho primero de la pieza acusatoria sí se ha atribuido siempre un ilícito. Lo que varía con la corrección de comentario es la calificación jurídica que se daría a ese hecho. Poco importa que antes de que se corrigiera la acusación, en la misma sólo se mencionase el delito de abusos sexuales contra persona menor de edad, pues lo que acusan son hechos y no calificaciones jurídicas, por lo que habría sido posible, en caso de que se demostrase el hecho primero tal cual fue originalmente acusado, calificarlo de manera distinta a como lo calificó el Ministerio Público. Además, este tipo de modificaciones, mediante las que se varía el hecho en algún aspecto que conlleva variar la calificación jurídica del mismo, son permitidas por el legislador incluso en debate, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 347 del Código Procesal Penal. Si esto es así en la fase más importante del actual proceso penal, mayor razón hay para permitir estas correcciones en la audiencia preliminar, pues este acto está diseñado para decidir si se admite la acusación y se abre la etapa de juicio, así como para determinar sobre qué versará éste. Esto último revela que al haberse efectuado tal corrección –que en este caso resultó válida– en la etapa de comentario, ello le permitió al acusado y su defensor prepararse para el debate, en el cual se discutió la acusación tal cual quedó redactada tras la modificación que aquí interesa y esto hace evidente que nunca se lesionó el derecho de defensa. Por lo anterior, considera esta Sala que no se ha causado agravio alguno a la parte recurrente, **por lo que debe declararse sin lugar este alegato.**

(S 174-04 de las 10:10 hrs. del 05-03-04 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a la pena de seis meses de prisión por el delito de Portación Ilegal de Arma Permitida. En la sentencia impugnada, se consignan como hechos probados los siguientes:

A.-) Que en fecha veintidós de octubre del año dos mil uno, a las diecisiete horas treinta minutos, en la localidad de Goshen de Bataán, al aquí acusado J.A.V., se le decomisó una arma de fuego carabina calibre 22, marca Warning, serie 04152403, diez proyectiles y un

machete en cubierta, todo lo cual se le decomisó por cuanto no portaba matrícula de dichas armas ni permiso de portación. B.-) Que según la oficina de Control de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, no aparece registrada el arma decomisada así como tampoco permiso de portación a nombre del encartado Araya Varela.- C.-) Que el imputado cuenta con un juzgamiento anterior.-

Estos hechos son idénticos a los que fueron acusados. Alega la defensa que la conducta de su patrocinado es atípica, porque no se acusó ni se demostró que hubiera realizado la acción de “portar” (trasladar o transportar) un arma, sino que se acusó de que se le decomisó un arma.

Analice la acusación, ¿considera usted que se encuentra adecuadamente formulada? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

*La anterior relación de hechos -que coincide sustancialmente con los que fueron acusados, cfr. folio 41- definitivamente no satisface la formalidad prescrita para la acusación y la sentencia en los artículos 303 inciso b), 363 inciso c), 369 inciso b) del Código Procesal Penal, pues no constituye una relación o determinación clara, precisa y circunstanciada del hecho que supuestamente constituye el objeto del proceso, conforme a la calificación jurídica acusada. En efecto, si se acusó la infracción al artículo 88 de la Ley de Armas (“ Tenencia y portación ilegal de armas permitidas “, que fue reformado por Ley N° 7957 de 17 de diciembre de 1999), resulta evidente que en la relación de hechos probados no se precisan las circunstancias de modo, tiempo y lugar que pudieran constituir el núcleo del tipo penal, por lo menos en su modalidad de **portar** armas permitidas sin contar con el respectivo permiso (o portación ilegal), que fue la figura aplicada en el fallo por el tribunal a quo respecto de la carabina (ya que lo absolvió por el machete). La deficiente descripción del hecho tampoco permite establecer si en la especie se aplica el artículo 88 en la modalidad de **tener en su poder** armas permitidas pero que no se encuentren inscritas en el Departamento de Control de Armas y Explosivos (o tenencia ilegal), que en este caso cabe descartar porque en realidad no se sabe con certeza de quien era la tenencia, posesión o propiedad sobre el arma, duda que subraya el hecho de*

que el tribunal a quo no desechó que la carabina pudiera haber sido del patrón del imputado (pues este último dijo que aquel se la entregaba para efectos laborales), sino que consideró que "... aún en tal supuesto no se desvirtuaría la delincuencia, porque precisamente lo que la ley sanciona es la portación del arma sin contar con el permiso respectivo, mismo que no pudo presentar el encartado y que en todo caso no existe [...]" (sentencia, folio 42). Si bien es cierto el defecto de la sentencia es de naturaleza formal, en este asunto no procede anularla y ordenar su reposición, pues el defecto en realidad se originó en la acusación que fue planteada por la fiscalía (cfr. folios 12 a 13), y el párrafo segundo del artículo 179 del Código Procesal Penal dispone que "Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos previstos por este Código", y la rectificación de errores sustanciales en la acusación no está autorizada por la ley a estas alturas del proceso, como lo ha interpretado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución N° 141 de las 9:00 horas del 22 de febrero de 2002. Por lo anterior al tenor del párrafo primero in fine del artículo 450 ibidem, como no procede la reposición del juicio o de la resolución, el Tribunal de Casación debe enmendar el vicio y resolver el asunto de acuerdo con la ley aplicable, lo que en este caso se traduce en casar parcialmente la sentencia (solamente la condenatoria impugnada) y absolver de toda pena y responsabilidad a J.A.V. por el delito de Portación ilegal de armas permitidas, ya que no se demostró en el proceso que hubiera realizado una conducta que se adecue a ese tipo penal. El resto de la sentencia se mantiene incólume."

(S 593-03 de las 9: 07 hrs. del 26-06-03 del TCP).

Síntesis del caso

El fiscal interpuso un recurso de casación contra la sentencia absolutoria que se dictó en favor de la imputada y acusó la inobservancia de los artículos 142 y 369, inciso d) del Código Procesal Penal, por violación a las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba testimonial y documental y fundamentación contradictoria, pues el juez de mérito afirmó en sentencia tener certeza de que el ofendido, desde antes de empezar la convivencia o unión de hecho con la imputada, era propietario de varios bienes que esta no quiso devolverle tras la

ruptura de su relación. De esta manera, era un error que la absolviera, solo porque en la acusación fiscal no se detalló ninguno de los bienes propiedad del ofendido que ella retuvo. La acusación señaló:

1.- El aquí ofendido R.Q.C, se unió sentimentalmente a la aquí encartada L.A.G., conviviendo de forma marital por un lapso aproximado de un año, relación que se deshizo en [sic] por la interposición de un proceso de violencia doméstica, por lo que en noviembre del año dos mil dos, el ofendido abandonó el hogar dejando en él todos los bienes aportados por él en el momento de iniciar la convivencia con la encartada. 2.- En razón del desalojo la encartada y el ofendido quedaron en el acuerdo que cuando el ofendido alquilara un lugar para vivir el [sic] se llevaría los bienes de su propiedad. 3.- Al alquilar el ofendido un lugar para vivir, procedió con base al acuerdo antes dicho, solicitarle [sic] la devolución de sus bienes, situación a la que se rehusó [sic] cumplir la encartada. 4.- Dado que la encartada no quiso cumplir con su acuerdo privado el día 10 de marzo del 2003, el ofendido interpuso la denuncia correspondiente, procediéndose a realizar por parte del despacho la prevención de entrega de los bienes denunciados como retenidos. Dicha prevención se le notificó personalmente al ser las diez horas con treinta un [sic] minutos del 25 de abril de 2003.- 5.- Transcurrido el tiempo otorgado para la devolución la encartada hizo caso omiso.

La omisión de describir los bienes, a juicio del fiscal recurrente, no implicó indefensión para la imputada ni constituye una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto, porque en el punto 4 se acusa precisamente que, en virtud de la denuncia presentada por el ofendido, se realizó a la imputada la prevención de ley sobre la entrega de los bienes retenidos, y que esta prevención le fue notificada personalmente a la imputada, ya que ese documento visible en los folios 7 al 9 del expediente contiene en detalle todos los bienes denunciados como retenidos.

¿En su criterio, considera que la ausencia de descripción de los bienes en la acusación la hace defectuosa? ¿Podría integrarse la acusación con la descripción de los bienes que consta en el expediente y que fue incluida en la prevención de devolución que le fue notificada a la imputada?

Decisión del tribunal

El reclamo no es atendible. - Según el artículo 303 inciso b) del Código procesal Penal, la acusación del Ministerio Público debe contener “La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya” (el subrayado es suplido), por lo que procede examinar la acusación formulada en este asunto por el delito de Retención indebida previsto en el artículo 223 del Código Penal, por los hechos que la fiscalía describe así: [...]«Acusación y solicitud de apertura a juicio», folios 34 a 35). En atención al tipo penal («Apropiación y retención indebidas») con que el propio acusador califica la conducta de la imputada, resulta más que evidente que el actor penal debió individualizar en su acusación cuáles son las cosas muebles o valores ajenos que ella –supuestamente– tenía bajo su poder y se apropió, o no entregó o restituyó a su debido tiempo, a pesar de que algún título la obligare a entregar o devolverlos: si no se hace dicha determinación de las cosas muebles o valores, como sucede en este caso, definitivamente la acusación no es precisa y no cumple lo dispuesto en el artículo 303. El Fiscal impugnante alega por esta vía que el hecho acusado debe entenderse en relación a la «Prevención de entrega» de folios 7 a 9, que se le entregó personalmente a la imputada (cfr. folio 10), porque en dicha prevención sí se describen los bienes en cuestión, sin embargo ese alegato no es atendible. Para asegurar el derecho de defensa, la acusación debe bastarse a sí misma en punto a la descripción precisa de la conducta imputada, con indicación de las circunstancias de modo tiempo y lugar relevantes y necesarias para su correcta calificación jurídica, por lo que no es aceptable entender que en este asunto la acusación se entienda tácitamente “integrada”, por decirlo de alguna manera, con la lista de bienes que contiene la citada «Prevención de entrega» de la Unidad de Trámite Rápido de la Fiscalía de Desamparados (folios 7 a 9).” [...] Finalmente, debe indicarse al fiscal recurrente que si la decisión impugnada le causara algún agravio al ofendido Roberto Cordero Quesada, no sería por un error del tribunal de juicio sino por un evidente error del actor penal, y que una eventual discusión acerca de los bienes a los que supuestamente se refería esta causa, si fuere el caso, deberá dilucidarse por la vía civil. El artículo 424 del Código Procesal Penal advierte claramente que “ Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo [...]”, de manera que

el Ministerio Público “como actor penal “ no puede ampararse en el supuesto agravio que le causaría al ofendido una decisión judicial que el provocó por no haber planteado una acusación precisa.

(S 152-06 de las 9: 15 hrs. del 2-03-06 del TCP).

Síntesis del caso

El representante del Ministerio Público formuló un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado de toda pena y responsabilidad del delito de lesiones culposas que se le venía atribuyendo. Como uno de los motivos del recurso adujo que durante el debate realizado le solicitó autorización al juez, a fin de realizar una acusación correctiva para variar la imputación original, en cuanto a que la causa mediata por la cual el justiciable había dejado de mantener la debida distancia entre el autobús que manejaba y la bicicleta del ofendido y ocasionó la colisión. Se debía a que en una intersección dicho encartado sobrepasó e irrespetó una señal de alto fijo, sin que se diera el acercamiento progresivo a la parte posterior de la bicicleta del ofendido, como sugería la pieza acusatoria original. No obstante, el juez rechazó esa solicitud, considerando que eso implicaba una variación sustancial de los hechos acusados.

¿A su juicio, procedía tal corrección?

Decisión del tribunal

III.- Lleva razón la fiscalía en sus alegatos. Según consta en el acta del debate y en la propia sentencia impugnada, efectivamente la fiscalía formuló, conforme a lo indicado en el recurso, una solicitud para corregir un aspecto concreto de la acusación, requerimiento que fue rechazado por el juzgador (folios 76 a 78 y 95 a 97). En cuanto a ello, en la sentencia se concluye que los hechos acusados inicialmente por el Ministerio Público difieren de los relatados en el debate por el ofendido P.P. y por el testigo P.V., pues la pieza acusatoria señala que la falta al deber de cuidado del justiciable Q.G. consistió en no guardar la distancia entre el autobús que conducía y la bicicleta del ofendido, impactándolo por detrás; mientras que los testigos citados dijeron que el autobús que manejaba Q.G. no venía detrás del ofendido, sino que circulaba por otro camino, de modo que la omisión del deber de

cuidado consistió en que el justiciable irrespetó una señal de alto [...] el rechazo de la gestión planteada por la fiscalía carece de una adecuada fundamentación, lo que ha dado lugar a una indebida limitación de las potestades que corresponden al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. En primer lugar, se nota que el a quo sólo se refirió a los alcances de una ampliación de la acusación en los términos del artículo 347 del Código Procesal Penal; pero no se pronunció expresamente, como correspondía hacerlo en este caso, sobre la posibilidad de plantear una “acusación correctiva”, en los términos de la solicitud formulada por el actor penal [...] la corrección que el representante del Ministerio Público procuraba introducir no abarcaba circunstancias fácticas independientes de lo acusado en un inicio, que pudieran constituir por sí mismas un nuevo delito, sino que se limitaba a corregir un aspecto específico de la pieza acusatoria, referido exclusivamente a la dinámica que motivó la colisión. Por ello, lleva razón el recurrente cuando indica que el fallo de mérito evidencia una clara equivocación al aseverar que la fiscalía intentó “VARIAR LA TOTALIDAD DE LA PLATAFORMA FACTICA” (*sic* , folio 96). Véase, en efecto, que una cosa es precisar o modificar la forma cómo se produjo una colisión, señalando, por ejemplo, un rumbo o una posición diferente de los vehículos, y otra muy distinta variar o sustituir completamente el cuadro fáctico, introduciendo nuevos hechos, desconocidos hasta ese momento por el imputado, lo cual –sin duda– atentaría contra su derecho de defensa. En cuanto a este aspecto, debe decirse que el juzgador concluyó que la corrección intentada por el Ministerio Público contrariaba al principio de correlación entre acusación y sentencia, por lo que, de admitirse, se estaría violando el derecho de defensa. Sin embargo, lo cierto es que omitió explicar por qué motivo ese aparente vicio no podría ser superado con sólo entender que la acusación quedaría modificada o integrada en la forma propuesta por la fiscalía (eliminando los temores sobre una eventual falta de congruencia) y que la defensa del imputado estaría suficientemente garantizada si se le concedía un plazo razonable –hasta de diez días– para buscar prueba o preparar sus alegaciones sobre la modificación introducida en el cuadro fáctico.

Síntesis del caso

La defensa interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido por el delito de robo agravado, imponiéndole la pena de cinco años de prisión. Aduce que en el debate, el representante del Ministerio Público amplió la acusación a partir de la declaración de una testigo que señaló que el imputado no solo se había introducido por un agujero que ya existía, sino que además había arrancado unas tablas que cubrían una ventana, lo cual hizo que se variara la calificación jurídica de los hechos del delito de hurto al de robo agravado. Estima la defensa que esta variación es esencial y sorpresiva y que se afecta la estrategia planeada.

¿Estima usted que procedía en este caso la ampliación de la acusación? ¿A su juicio, se produce alguna vulneración a los derechos del imputado?

Decisión del tribunal

Sobre el tema de la ampliación del requerimiento fiscal en debate, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes oportunidades, estableciendo, por ejemplo, que: “[...] Si se lee el artículo 347 del Código Procesal Penal, se advierte que la posibilidad de ampliar la acusación está prevista cuando en juicio surja un hecho nuevo o una nueva circunstancia que modifique la calificación legal de lo acusado o que integre un delito continuado. Es decir, no se prevé la posibilidad de ampliar la acusación para que abarque todo hecho nuevo, sino sólo aquellos que inciden en la calificación legal de los ya acusados (como, por ejemplo, una circunstancia agravante o atenuante), o bien, aquellos que configuran un nuevo elemento fáctico de un delito continuado [...]” (Resolución 2006-245, de las 15:30 horas, de 27 de marzo de 2006). Desde esta óptica, debe recordarse que el principio de correlación entre acusación y sentencia no pretende otra cosa que garantizar al acusado que ha sido juzgado por el mismo hecho histórico por el que fue investigado, sobre el que ejerció su derecho defensa y ofreció la prueba que consideró pertinente, y que, esa garantía es respetada aún en los casos en los que proceda la ampliación de la acusación, de acuerdo con la norma citada. En el caso que examinamos, tal garantía se cumplió a cabalidad, pues la ampliación de la pieza acusatoria que se realizó durante el juicio

fue realizada conforme a derecho. Así, fue durante el contradictorio, que se determinó, gracias a la prueba testimonial recibida, según se estableció en el Considerando anterior de esta resolución, que el imputado Cash Alvarado para ingresar al inmueble propiedad de la agraviada Ana Lucrecia Gómez Bravo había arrancado unas tablas que cubrían una ventana, y, no sólo, que se introdujo por un hueco que ya existía, lo que hizo variar la calificación inicial de hurto agravado a robo agravado. Sin embargo, obsérvese que el resto de las circunstancias fácticas permanecieron inalterables, tratándose del mismo evento acusado, con una modificación que implicó variación en la calificación jurídica, pues, si por el contrario fuera un hecho diverso, se hubiere requerido la tramitación de un nuevo proceso en contra del acusado. Es importante hacer notar que, si bien los Juzgadores afirmaron que las circunstancias relacionadas con la perforación de la ventana no aparecían por primera vez en debate, sino que la víctima, desde que denunció ante el Organismo de Investigación Judicial, señaló que el sujeto forzó las rejas de la ventana y se introdujo, ya a ese aspecto no se le dio la debida importancia durante la investigación o al momento de acusar, en realidad, no se observa que sea así, pues, de lo contrario, la acusación no resultaría susceptible de ser ampliada, notándose que, si bien, en una primer oportunidad, la agraviada relató que el encartado había forzado unas verjas de una ventana, en dicha ocasión su denuncia fue recibida de forma sumamente escueta, y, se nota también que durante la misma interpuesta ante el ente fiscal, no se profundizó tampoco en dicho aspecto, siendo en el contradictorio el momento en el que se aclaró la circunstancia. El señor defensor reclama que con dicho proceder sorprendió a la defensa, que requería, de otra estrategia. No obstante, consta en la respectiva acta de debate, visible a folio 181 in fine, que conferida la audiencia respectiva por parte del Tribunal sentenciador, el licenciado Flores Fallas renunció a hacer uso de sus derechos, manifestando que no se iba a referir a la misma y que no iba a solicitar suspensión del debate, por lo que no puede ahora afirmar que fue colocado en estado de indefensión, así las cosas, **se declara sin lugar el reparo.**

(S 554-07 de las 10: 25 hrs., del 25-05-07 de la STC).

3.4.6 DERECHO A NO SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y DERECHO DEL CÓNYUGE, ASCENDIENTES, DESCENDIENTES O PARIENTES COLATERALES DEL IMPUTADO DE ABSTENERSE DE DECLARAR.

El derecho a declarar constituye un derivado del derecho de defensa que corresponde a toda persona que es imputada de la comisión de un hecho punible. Por tratarse de un derecho del imputado, puede no ejercitarlo, sin que su silencio pueda ser interpretado como un indicio o presunción de culpabilidad. La declaración del imputado debe ser libre y voluntaria, con exclusión de todo tipo de medios que la alteren (tortura, coacción, suero de la verdad, hipnosis, detectores de mentiras, etc.)

De esta forma, no se puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo, constituyéndose esto en una garantía derivada del principio de dignidad humana que pretende fortalecer el derecho de defensa e impide que se pueda ejercer coerción física o moral sobre el imputado para obtener su confesión. Además, está interrelacionada con el principio de inocencia, según el cual, la carga de la prueba de culpabilidad corresponde al acusador o querellante.

El artículo 8.2 g) de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que

[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [...].

Por su parte, el artículo 36 de la Constitución Política contempla además el derecho del cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales del imputado de abstenerse de declarar, como una forma de proteger la cohesión familiar:

ARTÍCULO 36.- En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Esta garantía se desarrolla, a su vez, en diversos artículos del Código Procesal Penal. El artículo 82, inciso e) refiere que la Policía Judicial, el Ministerio Público y los jueces,

según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene entre otros derechos, el derecho de abstenerse de declarar.

El artículo 92, párrafo 2) señala que antes de comenzar la declaración, se le debe advertir al imputado que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte, y que, si declara, su dicho podrá ser tomado en consideración aún en su contra.

El artículo 96 refiere que, en ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvenções tendentes a obtener su confesión. Se prohíben todas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de sicofármacos y la hipnosis. Indica además que la promesa de una ventaja solo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley. Prevé también que si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración debe suspenderse hasta que desaparezcan y que las preguntas deberán ser claras y precisas, no permitiéndose las preguntas capciosas o sugestivas y no deberán instarse perentoriamente las respuestas.

El artículo 343 prevé el derecho de abstención del imputado en la fase del juicio oral.

El artículo 40 de la Constitución Política refiere que toda declaración obtenida por medio de violencia será nula. La doctrina mayoritaria argumenta que el derecho de abstenerse de declarar supone además el derecho de no intervenir activamente en los actos en que se recibe prueba, por lo que se han distinguido entre el imputado como sujeto de prueba –casos en que debe intervenir activamente– y el imputado como objeto de prueba, supuestos en los que los elementos probatorios se extraen del propio cuerpo o ropas del acusado, sin que se requiera una participación voluntaria. Al respecto, comenta Julio Maier:

Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma

es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen⁷⁶.

El Código Procesal Penal indica expresamente que el imputado no tiene derecho de abstenerse de declarar cuando interviene como objeto de prueba, en los casos de intervenciones corporales. En este sentido, el artículo 88 párrafo primero señala:

Artículo 88.- El imputado como objeto de prueba. Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aún sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente sus creencias.

De igual modo, en el caso del reconocimiento de personas, el artículo 228 *in fine* refiere que el reconocimiento procederá aún sin consentimiento del imputado.

El artículo 205 del mismo código señala que podrán abstenerse de declarar el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, el imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Además se establece que deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio, señalándose que incluso pueden ejercer esa facultad de abstención durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.

76 Maier, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo II, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 444.

Como puede verse, este artículo del código va más allá de la literalidad del texto constitucional, por cuanto, no solo se reconoce el derecho para las personas que se encuentran ligadas por un vínculo jurídico, sino que también se establece para las que forman una unión o familia de hecho⁷⁷. También se indica en el artículo 204 *in fine* que el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal, por lo que al testigo “sospechoso” debe realizársele la prevención de abstenerse de declarar.

El artículo 206 regula el deber de abstención, al establecer que deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, se indica que estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. Si el tribunal estima que el testigo invocó erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada.

La Sala Constitucional ha establecido que el derecho de abstenerse de declarar del imputado así como de sus familiares forma parte del debido proceso:

El derecho de abstención constituye una garantía del proceso penal que tiene dos vertientes, por un lado, la no obligatoriedad de declarar contra sí mismo, de la que goza el imputado como una derivación del principio de inocencia y de defensa; y por otra parte, la no obligatoriedad de declarar contra el cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, como una protección a la unidad familiar. Ambas garantías se encuentran consagradas en el artículo 36 de la Constitución Política. Con relación a la segunda de ellas, que es a la que se refiere el recurso de revisión

77 Esto fue reconocido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional con anterioridad a la reforma procesal, estableciéndose la obligación de realizar la prevención respectiva no solo a los vinculados por el matrimonio, sino también a los ligados mediante una unión o familia de hecho, por estimarse que la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen, pues su naturaleza e importancia justifican su protección. (Sentencias 1782-97, 2984-93 y 1151-94 de la Sala Constitucional).

cuando enuncia “Falta de advertencia del derecho constitucional de abstención de declarar contra un hermano”, debe decirse que es obligación de la autoridad que pretenda recibir la declaración, prevenirle al testigo u ofendido, antes de que opte por declarar, sobre su derecho de abstenerse de declarar, esto es, debe explicarle en lenguaje sencillo y entendible que se encuentra libre para decidir si desea o no rendir una declaración en razón de ser pariente o cónyuge del encartado. Si la autoridad no procede de ese modo, el imputado está facultado para alegar la violación al debido proceso, por cuanto, el perjuicio se le causa directamente a él. Esto es, pese a ser un derecho para el familiar, por constituir un elemento integrante del debido proceso, el sujeto legitimado para acusar su violación es el imputado.

(S 8738-97 de las 18: 36 hrs. del 23-12-97 de la Sala Constitucional, entre muchas otras).

JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL DERECHO DE ABSTENCIÓN

De un estudio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Sala Tercera de la Corte y del Tribunal de Casación Penal, se extraen varios temas importantes que han sido analizados:

1) El derecho de abstención no otorga el derecho a obstruir el proceso

Se ha resuelto que el derecho de abstención del imputado implica que no está obligado a declarar ni a colaborar con la justicia y, además, que no puede interpretarse su silencio como un indicio de culpabilidad. Sin embargo, no puede traducirse en un derecho a obstruir el proceso en forma intencional ni a delinquir para evitar la imposición de la sanción:

[...] señala el gestionante la impropiedad del fallo, al ponderarse que el acriminado mintió y valorar esa circunstancia, cuando la Sala Constitucional le autoriza mentir. La afirmación esgrimida no resulta cierta; al respecto, en referencia a ese tema se ha expuesto en esta instancia, que: “[...] esta Sala considera indispensable pronunciarse con respecto al argumento de que el derecho de abstenerse de declarar que le asiste al imputado implica un derecho a mentir. Esa tesis carece de cualquier asidero lógico y jurídico. Es increíble que los defensores de Varela Ávila traten de hacer valer un alegato

que, de ser cierto, implicaría un derecho para el acusado obstruir intencionalmente la justicia con tal de defenderse, lo cual llevaría a tolerar casos tan inaceptables como que el justiciable pueda deshacerse de los testigos que lo incriminan, etc. Sobre este punto, la Sala Constitucional señaló: “[...] efectivamente el imputado goza del derecho fundamental a la defensa y demás garantías relacionadas con el proceso penal, incluida la de no autoincriminarse. Según esta última, no está obligado a declarar, ni, de manera alguna, a colaborar con la justicia en su perjuicio y es prohibido interpretar su silencio como indicio de culpabilidad. Tales son los límites del tema que aquí ocupa, de manera que la extensión que se confiere en la revisión a ese derecho es inaceptable, pues llega a niveles de avalar la participación activa e intencional del imputado en la obstrucción de la justicia. Anteriores pronunciamientos en este campo son muy claros, por ejemplo, el número 06460-93 de las catorce horas seis minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres, donde se indicó que el derecho previsto en el artículo 36 de la Constitución Política no es un derecho a mentir, en caso de que se decida renunciar al privilegio de abstención y hacer la declaración. Con mayor razón puede afirmarse que el derecho del artículo 36 constitucional tampoco es un derecho a delinquir, ni un fuero de impunidad para recurrir a cualquier medio imaginable, siempre y cuando su fin sea librarse de la responsabilidad penal.” Véase in totum el voto N° 07498-98, emitido por la Sala Constitucional a las 15:42 horas del 21 de octubre de 1998 (la negrilla y el subrayado son agregados). Así las cosas, queda claro que bajo ningún concepto es admisible el argumento de que un imputado puede mentir, si decide declarar. La garantía constitucional se limita a permitirle a un procesado no colaborar con la Administración de Justicia (eso es muy distinto a una autorización para obstruirla) en perjuicio de sus intereses y protege al acusado de cualquier presunción de culpabilidad por el hecho de abstenerse de declarar, pero eso es todo”. (Sala Tercera, N° 2001-000637 de 9:05 horas del 29 de junio de 2001). En el presente asunto, los Juzgadores sí analizaron la versión del acriminado, aunque ciertamente de manera distinta a como estima propicio quien recurre, disponiendo condenar al justiciable no porque mintiera, sino más bien por acreditar de manera fundada su participación en los hechos investigados, por contar –precisamente– con la declaración del afectado, compatible –en esencia– con la

restante prueba recabada, sin que se ofrezcan además razones o motivos que motiven a dudar de ella y que concurran a desacreditar la versión del justiciable.

(S 1203-04 de las 9: 20 hrs. del 22-10-04 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 637-01 de las 9: 05 hrs. del 29-06-01 de la misma sala y la sentencia 7498-98 de las 15: 42 hrs. del 21-10-98 de la SC).

No obstante, también se ha señalado que si el imputado miente para obstruir la acción de la justicia, este hecho no justifica que se agrave la pena impuesta:

[...] el derecho de abstención de un convicto le faculta ciertamente a no declarar contra si mismo, ni a colaborar con la justicia, pero si decide hacerlo, no le asiste un concomitante derecho a mentir y a obstruir intencionalmente la acción de la justicia en defensa de sus intereses, pero debe tenerse presente que por tal motivo tampoco se le puede conminar a decir verdad, de allí que si el imputado en su declaración opta por mentir, sus manifestaciones solo serán sometidas a análisis por parte de la autoridad juzgadora a la luz del marco probatorio incorporado, y si no hallan el suficiente respaldo que le reste sustento a la hipótesis de la acusación, podrá enfrentar un fallo condenatorio, pero no porque haya mentido, sino porque su versión se ha visto desacreditada con las pruebas que se analizaron – (sobre este tema, ver votos números 7498 de las 15:42 horas del 2 de octubre de 1998, Sala Constitucional y 637-01 de las 9:05 horas del 29 de junio de 2001 y 1203-04 de las 9:20 horas del 22 de octubre de 2004, ambas de esta Sala Tercera)-. Sin embargo, el Juzgador no se encuentra autorizado para agravar las penas impuestas, únicamente porque estime, como en el presente caso, que la declaración del justiciable no se ajustó a la veracidad de lo demostrado, y si bien es cierto la falta de verdad en que incurra un convicto al emitir su declaración, puede acarrear consecuencias legales, ello solo se dará si se demuestra que efectivamente ha transgredido la normativa pertinente o ha ocasionado de manera infundada un perjuicio a terceras personas.

(S 630-05 de las 11: 37 hrs. del 17-06-05 de la STC. En el mismo sentido, S 173-02; 540-02; 59-04 del Tribunal de Casación Penal).

En cuanto a los datos de identificación del imputado, se ha señalado que si bien al ser identificada la persona objeto de persecución penal, está obligada a dar sus datos de identidad. El hecho de que no los dé o, simplemente, provoque dudas en la autoridad judicial sobre su veracidad, tiene única y exclusivamente consecuencias de orden procesal, contempladas en el artículo 83 del CPP, las cuales serían acudir a otras instancias, tales como: el Registro Civil o a otros métodos que puedan asegurar la identificación de esa persona, aún en contra de la voluntad del acusado.

En este sentido, se indica que la carga de probar la identificación de una persona perseguida penalmente es en última instancia una tarea que compete al Estado, y la simple falta a la verdad, solo tiene consecuencias procesales. No obstante, resulta diferente el caso del imputado que además de expresar datos falsos, exhiba un documento de identidad que no le pertenece, haciéndose pasar por otra persona, hipótesis frente a la cual, se requiere investigar la existencia de un delito. (Sentencia 510-06 de las 9: 35 hrs. del 2-06-06 de la Sala Tercera de la Corte).

2) Inexistencia del derecho de abstención por rompimiento del vínculo

La jurisprudencia ha establecido que el derecho de abstención subsiste siempre que exista un nexo familiar de hecho o de derecho (1358-00 de las 9: 25 hrs. del 24-11-00 de la STC). Cuando se produce un rompimiento del vínculo, se extingue a su vez el derecho de abstención:

El artículo 205 del Código Procesal Penal establece el derecho de abstenerse de declarar tanto para el cónyuge como para quien haya convivido con el imputado por al menos dos años. Sin embargo, resulta claro que el derecho –como forma de proteger la integridad familiar– se mantiene solo durante la permanencia del vínculo. Una vez que concluye (v. gr.: por la separación de los convivientes de hecho o por el divorcio de los cónyuges), también cesa la facultad de cita, que únicamente subsistirá para los hijos biológicos del acusado que hubiesen sido procreados dentro de la unión respectiva.

(Sentencia número 951-05 de las 8: 55 hrs. del 19-08-05 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 512-02 de las 9: 15 hrs. del 7-06-02 y 976-04 de las 11: 20 hrs. del 13-08-04 de la misma Sala y 203-05 de las 9: 25 hrs. del 17-03-05 del TCP).

No es cierto que el Tribunal tenía la obligación de advertirle a las ofendidas sobre el derecho constitucional de abstenerse de declarar contra el justiciable, quien había convivido durante algún tiempo con la madre de ellas. De acuerdo con la prueba evacuada en debate o existente en el expediente, tanto en el momento que se presentó la denuncia como al dictarse la sentencia, el vínculo que habían tenido las menores afectadas con el imputado ya había desaparecido y, por ello, las autoridades judiciales no estaban en la obligación de realizar la advertencia de abstenerse de declarar. Al respecto, la madre de las niñas, la señora [...], cuando interpuso la denuncia señaló con toda claridad que el ligamen que la unía con [el imputado] había desaparecido “aproximadamente un mes y medio” antes de que se presentara a realizar esta diligencia, tal y como se aprecia a folio 18 del expediente. Lo mismo ocurre cuando las menores se presentaron a declarar en juicio. Todas señalan, al ser preguntadas, que el justiciable ya no convivía con su madre y que no existía relación o vínculo alguno entre ésta y aquél.

(S 1463-05 de las 9: 35 hrs. del 19-12-05 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 467-06 de las 9: 45 hrs. del 23-05-06 de la misma STC).

Debe señalarse que teleológicamente, el ordinal 205 del Código Procesal Penal tutela una situación actual (hic et nunc) cuyo objetivo es proteger la estabilidad familiar y la misma debe verificarse al momento en que se practica el examen de aplicación, sin que se dé para ello una presunción iuris tantum de que el vínculo se mantiene estable porque se tengan hijos en común, necesidades de tipo económico, u otras circunstancias de orden sociológico. No resulta atendible el alegato formulado por la defensa del encartado, en el sentido de que no había existido proximidad entre sindicado y víctima, dado que aun no se habían cumplido los seis meses de las medidas de protección ordenados por el despacho judicial correspondiente, puesto que esta restricción compelia únicamente al encausado, no así a Elizabeth Guevara Bermúdez, quien si así lo hubiese decidido, tuvo la opción de haber visitado a Molina Gómez en el Centro de Atención Institucional donde estaba recluso.

(S 170-05 de las 9: 55 hrs. del 11-03-05 de la STC).

También se ha resuelto que el vínculo no subsiste cuando medie una orden judicial de salida del domicilio (S 6-05 de las 9: 35 hrs. del 18-02-05 de la STC).

3) Subsistencia de los actos procesales realizados a partir de denuncia pese a posterior abstención del pariente del imputado.

Se ha resuelto que el hecho de que el familiar utilice su derecho de abstenerse de declarar contra el imputado, a pesar de que en etapas previas hubiera vertido manifestaciones incriminantes, no evita que las autoridades involucradas en la administración de la justicia penal resuelvan, con base en otros elementos de prueba incorporados al procedimiento, ni invalida el proceso cuando este haya iniciado por su denuncia –previa advertencia de sus derechos– según lo faculta el artículo 278 del Código Procesal Penal, dado que no existen disposición legal ni constitucional que disponga lo contrario. En consecuencia, los actos procesales realizados a partir de la denuncia permanecen inalterables y mantienen su validez:

Esta Sala ha establecido que el derecho de abstención, previsto en el artículo 205 del Código Procesal Penal tanto para el imputado como para algunos de sus allegados familiares, ciertamente, es irrenunciable y ejercitable en cualquier etapa del proceso, así como que resulta ilícito incorporar al debate, valorar y fundamentar una decisión jurisdiccional en lo manifestado por una de aquellas personas en fases previas del procedimiento, cuando en un momento posterior han optado por la abstención. Mas en este último caso, los actos procesales realizados a partir de la denuncia formulada por un familiar de la persona imputada permanecen inalterables y mantienen su validez en función del tema probatorio. El derecho de abstención que se ejercite en etapas ulteriores del proceso sólo tiene efectos retroactivos en el sentido de impedir que lo dicho en instancias previas se incluya en la valoración jurisdiccional. Al respecto véase, por ejemplo, las resoluciones 2005-705, de 24 de junio de 2005; 487-98, de 22 de mayo de 1998; 269-98, de 13 de marzo de 1998, y 1004-97, de 18 de septiembre de 1997. La Sala Constitucional ha resuelto en su voto 3475-99, de 11 de mayo de 1999, que “[...] El derecho de abstención constituye una garantía del proceso penal que tiene dos vertientes, por un lado, la no obligatoriedad de declarar contra sí mismo, de la que goza el imputado como una derivación del principio de inocencia y de defensa; y por otra parte, la no obligatoriedad de declarar contra el cónyuge,

ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, como una protección a la unidad familiar. Ambas garantías se encuentran consagradas en el artículo 36 de la Constitución Política [...]. Por ello, los supuestos de quienes siendo testigos mantienen una relación de parentesco con la persona imputada reflejan un conflicto de intereses. Por un lado, la protección a la intimidad y dignidad familiar a la que se compromete el Estado en virtud de los artículos 24, 33, 36, 40 y 51 de la Constitución Política. Y, por otro, la Administración de Justicia, función estatal que deriva de la protección de los derechos e intereses legítimos de todas las personas y que, en el caso que ahora interesa, justifica una política en materia criminal traducida en la prevención y sanción de conductas que ponen en grave peligro o lesionan bienes jurídicos dignos de tutela penal, que se extrae de los artículos 1, 9, 11, 41 y 153 de la Constitución Política. El ordenamiento jurídico costarricense opta por delegar la solución de este conflicto en la persona testigo vinculada por relaciones de parentesco con el imputado, de modo que sea ella quien decida libremente, tal y como se prevé en los artículos 205 del Código Procesal Penal y 36 de la Constitución Política. Este remedio no supondría una injerencia arbitraria por parte del Estado, sino consentida, en el ámbito de la intimidad y dignidad de la familia. Similar es la situación respecto del derecho de instancia privada de la acción penal que ostentan las víctimas respecto de algunos delitos, como se regula en los artículos 17 y 18 del Código Procesal Penal, instituto que también se asienta en la salvaguarda de ciertos intereses particulares de las personas afectadas por determinados delitos, por encima de los intereses de la Administración de Justicia, salvo que las víctimas consientan lo contrario. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala como corolario del derecho a la protección de la honra y de la dignidad: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia... 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Esto, precisamente, justifica la (auto) imposición de límites a la intervención del Estado en la investigación y enjuiciamiento de ciertos delitos, por motivo de las relaciones de parentesco de los testigos con la persona imputada, o por la naturaleza misma de algunos delitos que podrían,

eventualmente, afectar la intimidad o dignidad familiar o personal de los testigos y de las víctimas. Estos límites, en definitiva, están constituidos por el derecho de declarar o abstenerse de hacerlo previsto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, y el derecho de instar como condición necesaria para la persecución de ciertos delitos y el correlativo derecho de revocar la instancia contemplada en los artículos 17 y 18 del Código Procesal Penal. Ahora bien, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva que pueden existir injerencias legítimas en los ámbitos personales y familiares, pues la prohibición se circunscribe a la arbitrariedad y abuso de esa intromisión. Por consiguiente, el Estado puede imponer límites al ejercicio y efectos de aquellos derechos con fundamento en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Así, el Derecho positivo impone una restricción temporal para revocar la instancia privada: antes del auto de apertura a juicio. La pretensión de revocatoria después del auto en absoluto impide el ejercicio de la acción penal. De igual manera, la posterior abstención de declarar como testigo por parte del familiar de la persona imputada, aún cuando en etapas previas hubiera vertido manifestaciones, no evita que las autoridades involucradas en la Administración de Justicia Penal resuelvan con base en otros elementos de prueba incorporados al procedimiento, ni invalida el proceso cuando éste haya iniciado por su denuncia –previa advertencia de sus derechos– según lo faculta el artículo 278 del Código Procesal Penal. No existe disposición legal ni constitucional que disponga lo contrario. Debe considerarse que esta actuación estatal en ningún caso supone una injerencia a la intimidad y dignidad familiar, al quedar fuera del ámbito de valoración jurisdiccional toda manifestación vertida por el testigo que luego ejercita su derecho de abstención. En todo caso, si el proceso hubiera iniciado en virtud de denuncia de esta categoría de testigos o, incluso, si se tratara de la víctima del delito que se abstiene de atestiguar en el debate, la resolución del conflicto valorando el resto de la plataforma probatoria no entrañaría ninguna injerencia arbitraria en la vida privada familiar, por razones de interés general en la prevención, persecución,

enjuiciamiento y eventual sanción de los delitos, en tanto suponen la modalidad más grave de ataques (por su puesta en grave peligro o lesión) contra los bienes jurídicos de mayor relevancia.

(S 1504-05 de las 16: 25 hrs. del 22-12-05 de la STC).

4) Validez de las manifestaciones espontáneas

Otro tema que se ha analizado es el de las manifestaciones espontáneas expresadas a terceros por quienes tienen el derecho de abstención. La Sala Constitucional estableció que la valoración de dichas manifestaciones no lesiona lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Política, porque son rendidas en forma libre sin que la persona esté presionada en modo alguno:

El primero de los temas discutidos se relaciona con la supuesta infracción al artículo 36 de la Constitución Política, al tomar en cuenta el tribunal sentenciador las manifestaciones dadas por la compañera del imputado a otras personas particulares, las cuales fueron llamadas como testigos en el proceso. Para la Sala tal actuación del Tribunal no viola la protección establecida en el artículo 36 Constitucional porque se trata de actuaciones absolutamente espontáneas, frente a las cuales la persona involucrada (en este caso la compañera del imputado) tenía plena libertad de decisión en cuanto a si las emitía o se las reservaba frente a terceros. Lo que garantiza la norma es el derecho de abstención de los familiares en ella señalados, pero no la imposibilidad de que terceros puedan referirse a hechos, dichos o circunstancias en que esas personas participaron. En efecto, no existía ninguna conminación, explícita o implícita para que esta persona se sintiera compelida, o al menos presionada, para expresar lo que sabía sobre los hechos objeto de investigación, de modo que la garantía no opera en estos casos, en que su beneficiario decide libremente pronunciarse frente a terceras personas sin ninguna autoridad sobre ella, respecto de cuestiones relacionadas con el hecho delictuoso.

Tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación Penal han resuelto que estas manifestaciones pueden ser utilizadas como prueba, pese a que quienes las externan tengan el derecho de abstención, porque se trata de manifestaciones extraprocesales. Así, se indicó que

*[...] si la manifestación de una persona que con facultad para ello se abstiene de declarar en juicio, ha sido dada a un tercero espontáneamente, en acto voluntario y libre, quien recibió la versión puede manifestarla válida y legítimamente en juicio, y el tribunal de mérito debe analizarla en conformidad con las reglas de la sana crítica, y tomarla en cuenta para fundamentar la sentencia que dicte, en un sentido o en otro [...]*⁷⁸.

Sin embargo, las declaraciones que se rindan ante las autoridades o con motivo de una orden judicial ante psicólogos, trabajadores sociales, etc. no pueden tenerse como “espontáneas”, razón por la que si no se les ha hecho la prevención, no pueden ser introducidas al proceso:

Reiteradamente esta Cámara ha indicado que no resulta violatorio del derecho de abstención, la introducción por vía indirecta de las manifestaciones libres y espontáneas que haga el encartado ante terceros: “El criterio que se ha impuesto a través de la jurisprudencia de esta Sala – ver entre otros los siguientes votos: 122 –2000 de las 9:15 horas del 4 de febrero de 2000; 9-2002 de las 8:50 horas del 18 de enero de 2002; 100-2002 de las 10:30 horas del 8 de febrero de 2002 y 750-2002 de las 10:40 horas del 29 de julio de 2002 - se inclina a considerar que las manifestaciones rendidas por aquellas personas a las que les pueda asistir el derecho de abstención a declarar una vez instaurado un proceso penal, ante quienes las reciben con sustento en una orden judicial, no pueden ser incorporadas dentro de ese proceso, cuando quien las vierte se acoja a su derecho constitucional de abstención, pues lo contrario implicaría introducir indirectamente sus manifestaciones, vulnerando la garantía contemplada en la Constitución Política, tendiente a garantizar intereses propios o familiares. A contrario sensu, las manifestaciones, sean escritas u orales, rendidas extraproceso en forma espontánea ante terceros que

78 Sentencia 750-02 de las 10: 40 hrs. del 21-07-02 de la Sala Tercera de la Corte. En el mismo sentido, las sentencias 1390-04 de las 9: 40 hrs. del 3-12-04; 330-03 de las 9: 45 hrs. del 16-05-03; 747-02 de las 10: 25 hrs. del 29-07-02 de la Sala Tercera de la Corte y 1204-05 de las 3: 30 hrs. del 14-11-05; 296-05 de las 9: 20 hrs. del 19-04-05 del Tribunal de Casación Penal.

no respondan a un llamado jurisdiccional, por quienes luego se acojan a su derecho de abstención, sí pueden ser incorporadas lícitamente al proceso y valoradas por los juzgadores con sustento en las normas que informan la sana crítica, a efecto de fundamentar sus decisiones. Esta Sala ha estimado que el concepto de “espontaneidad” debe ser interpretado restrictivamente “y así no podrán recibir este calificativo las manifestaciones que se hayan hecho ante ciertas autoridades que omitan advertir al testigo de la existencia de su derecho de abstención (policías, fiscales, jueces, etc.), o bien las que sean resultado de una orden judicial (por ejemplo las rendidas ante peritos forenses), pues ellas integran parte del curso mismo del proceso. En cambio sí son espontáneas las narraciones de hechos que los testigos con derecho a abstenerse de declarar hagan fuera del proceso ante personas que no están obligadas a formular advertencia alguna e independientemente de si realizan o no una función pública” – Voto 100-2002 de las 10:30 horas del 8 de febrero de 2002.

(S 822 de las 10: 50 hrs. del 22-09-03 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 1471-05 de las 10: 15 hrs. del 19-12-05; 858-04 de las 10: 20 hrs. del 16-07-04 de la misma sala).

Claro está, si las declaraciones rendidas a profesionales o peritos se presentan fuera del marco del proceso penal, sí es posible considerarlas, porque no existe una obligación de realizar tal prevención:

En cuanto a los profesionales que las atendieron o abordaron en sede administrativa, como lo son las trabajadoras sociales de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Patronato Nacional de la Infancia, lo mismo que la psicóloga del Hogar Cristiano de Puntarenas, cabe recordar que estas funcionarias no tienen la obligación de informar sobre este derecho a las personas que atienden o entrevistan en el ejercicio propio de sus labores, como se afirma en el recurso. En este sentido, se ha establecido que lo que declaran estas profesionales o la información que aportan a la causa se pueden utilizar al tratarse de prueba que ha sido obtenida en forma legítima. Así, en lo que interesa, se indicó lo siguiente: “Conviene entonces modificar el criterio en cuanto a la resolución número 297-98 citada, específicamente en cuanto a la incorporación de las declaraciones rendidas a trabajadoras sociales o

funcionarios de instituciones que actuaron extraprocesalmente, por las razones que se dirán: a.-) En primer lugar, se trata de declaraciones rendidas fuera de un proceso; en ningún momento se dieron para acudir al llamado de un Juez, tal y como ocurre en las pericias médicas y psicológicas que se llevan a cabo en el Organismo de Investigación Judicial. Nótese que en este caso las trabajadoras sociales son testigos que conocieron de los hechos sin que existiera un proceso judicial; así, la licenciada [...] señaló en juicio que “por su trabajo conoció a la menor [...] cuando fue llevada por su maestra ya que presentaba parto doméstico, en ese momento la maestra le informó que habían antecedentes de sospecha por abuso sexual de su padre por lo que le pidió que el asunto se investigara [...]” (folio 177 líneas 30-35). De igual forma, la testigo [...] indicó que “en su condición de trabajadora social del Hospital San Juan de Dios en Clínica del Adolescente, dijo conocer en forma directa el caso de la menor [...] Dijo que a ella le correspondió valorar a la adolescente cuando ingresó al Hospital San Juan de Dios referida por el Hospital de Pérez Zeledón con diagnóstico de embarazo de término... Cuando la menor ingresó le informó a ella que el embarazo es de su propio padre, por lo cual conversó con ella y ésta le comentó que su padre desde que ella tenía diez años abusaba sexualmente mediante penetración” (Folio 172, líneas 16-26). Es claro que tales manifestaciones al ser en sede “extra proceso” son espontáneas y absolutamente voluntarias, pues no son originadas por la orden de un juez ni en sede judicial. Esta Sala considera que es distinto el caso de las pericias ordenadas por el juez, por el Ministerio Público o la misma policía judicial en los casos en que se encuentra autorizada, porque al formar parte de las diligencias realizadas dentro de un proceso y al ser órdenes emanadas por una autoridad competente, las personas que gozan del derecho de abstención (imputado y los parientes del imputado), y no se trata de declaraciones espontáneas. En otras palabras, no es lo mismo conocer de los hechos en razón de su cargo y fuera de un proceso (como por ejemplo, funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia o como trabajadoras sociales), que conocer de los hechos por orden de juez cuando se ha ordenado una pericia médica o psicológica o en el curso de una investigación policial. En esos casos la espontaneidad de la declaración desaparece. b.-) Se trata de funcionarios que según el artículo 281 inciso a) del Código Procesal Penal tienen la obligación de denunciar, pues son hechos

delictivos que conocen en ejercicio de sus funciones. Sería ilógico que la ley les imponga la obligación de denunciar si una ofendida les narra un hecho delictivo del cual fue víctima, y luego su testimonio no pueda ser tomado en cuenta cuando en juicio y en su condición de testigo, declara lo que la misma ofendida les narró espontáneamente. En síntesis se hace necesario hacer una distinción entre las personas que pueden declarar de referencia aquello que han sabido porque se los ha narrado otra persona. Cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual, por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria; mientras que lo narrado ante los peritos oficiales, tales como el médico, psiquiatra o psicólogo, no puede introducirse al debate ni ser tomado en cuenta para la decisión, porque el relato de la víctima y sus familiares no se ha producido en forma espontánea y voluntaria, sino como una condición para el curso mismo del proceso judicial. Por lo expuesto es que el reclamo debe declararse sin lugar".) (SALA TERCERA DE LA CORTE, Voto n.º 122 de las 9:15 horas del 4 de febrero del 2000).

(S 1463-05 de las 9: 35 hrs. del 19-12-05 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 467-06 de las 9: 45 hrs. del 23-05-06; 976-03 de las 9: 35 hrs. del 31-10-03; 906-03 de las 9: 30 hrs. del 13-10-03 de la misma sala).

Por otra parte, es importante señalar que se ha resuelto que si bien no pueden introducirse las declaraciones sobre los hechos rendidas por quienes tengan el derecho de abstención, ante los diversos profesionales con ocasión del proceso, sí deben valorarse la información adicional, informes, estudios, etc.:

Se tiene claro que la intervención de la trabajadora social en este caso se dio con motivo del proceso, de manera que la información que sobre los hechos investigados se requirió de la víctima o sus familiares, con alguno de los vínculos protegidos constitucionalmente, debió ser obtenida advirtiéndole a los participantes de su derecho de abstención. Sin embargo y pese a ello, la información adicional que el estudio

reunió, propia de las condiciones de vida de la menor y su entorno, así como las conclusiones que obtuvo y que la exploración arrojó, son perfectamente válidas y utilizables, es más, esa es su misión y para eso el legislador previó ese tipo de asistencia, para aportar una visión real, científica y seria de las condiciones del menor víctima a propósito de los hechos que se investigan y es en cuanto a este punto que yerran los Juzgadores, cuando marginaron el análisis del estudio en su totalidad. Por ello, debe señalarse que no obstante que lleva razón el Tribunal en cuanto omitió considerar la entrevista a la menor, realizada por la trabajadora social y la fiscal aquí impugnante, porque no consta que la previnieran de su derecho de abstención, siendo la entrevista una diligencia judicial dentro del proceso penal en curso y por lo tanto, obligatoria la formulación de las advertencias legales, como lo ha sostenido en cuanto al punto esta Sala (cfr. entre otras, 630-02 de las 9:10 horas del 28 de junio de 2002), no llevan razón cuando dejan de lado el resto del estudio. El hecho de que se excluya como material a ser considerado todo lo que la menor refirió específicamente en cuanto a los hechos, no implica la exclusión del estudio en sí ni de sus aportes y conclusiones, porque ello significa sin más dejar sin sentido alguno la intervención que el legislador ha ideado para apoyar a los menores víctimas y aportar mejores elementos de juicio a las partes y a los Juzgadores especialmente, sobre las condiciones del menor y su entorno. Por ello, yerra el Tribunal cuando excluyó todo el informe y no lo valoró en conjunto con la restante prueba, sin que lo dicho implique que se prejuzgue sobre el valor que deban o no otorgarles, lo que no compete a esta instancia decidir.

(S 705-05 de las 9: 15 hrs. del 24-06-05 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 604-03 de las 9: 30 hrs. del 24-07-03 y 750-02 de las 10: 40 hrs. del 29-07-02 de la misma sala).

En los casos donde el testigo no se abstenga de declarar, sí pueden utilizarse las manifestaciones rendidas ante el perito, a pesar de que no se le haya formulado la prevención respectiva:

[...] en cuanto a la omisión de informar al momento de practicar la pericia psicológica acerca del derecho de abstención que les cobija en virtud del parentesco, tampoco el reclamo resulta de recibo pues en

primer lugar -y para este caso en concreto- la ofendida no ejerció en el juicio, ni en ningún otro momento procesal su derecho de abstenerse de declarar y tampoco así lo hizo su madre. Diferente habría sido si se abstienen de declarar y se introduce lo dicho por ellas ante el médico, pues ello sí lesionaría su derecho constitucional. En este sentido, la Sala ha establecido que: "Si la persona examinada por el perito, con facultad para ello, se abstiene de declarar en juicio, lo que esa persona le dijo al experto, para informarlo acerca de los detalles de la sintomatología y de los orígenes del problema sometido a criterio técnico, que es necesario conocer para la peritación misma, no puede introducirse por esa vía al contradictorio, porque tal manifestación no fue espontánea, ni libre, ni voluntaria. No obstante, lo que el perito dice en cuanto a su especialidad, como conclusión técnica, como diagnóstico científico, debe mantenerse y debe ser considerada en juicio como prueba legítima, porque tal conclusión nada tiene que ver con la facultad de abstención de declarar de que goza quien fue objeto del examen.[...] Si la manifestación de quien tiene derecho a abstenerse se ha dado en cumplimiento de una disposición jurisdiccional, o en un acto no espontáneo, y esa manifestación se ha objetivado en un dictamen, en éste se debe distinguir la opinión del técnico sobre el punto de la peritación y la versión del examinado sobre hechos objeto del proceso judicial. La opinión del técnico debe considerarse en juicio por ser legítima. Lo que éste narre acerca de lo que le dijo la persona que se abstuvo, con derecho, de declarar en juicio, no puede considerarse prueba legítima, porque sería una manera indirecta y espúrea de burlar la voluntad de abstención del interesado. (Sentencia número 2002-00750 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas cuarenta minutos del veintinueve de julio de dos mil dos). No existe por lo tanto, vicio alguno que invalide la pericia psicológica, pues en este caso, era legítima la incorporación no sólo de las opiniones que fueron vertidas en dichas pericias, sino también las manifestaciones hechas ante el médico forense.

(S 15-05 de las 10: 00 hrs. del 21-01-05 de la STC).

5) El imputado como objeto de prueba

En relación con el tema del imputado como objeto de prueba, resulta de interés señalar la sentencia 1428-96 de las 15: 36 hrs. del 27-03-96 de la Sala Constitucional. Afirma en dicho fallo que las intervenciones corporales representan una injerencia directa sobre el cuerpo del imputado, sus ropas y su anatomía, bien para buscar rastros o evidencias físicas, biológicas o químicas del delito, como para comprobar determinados detalles de interés para el proceso y para la averiguación de la verdad.

Algunas de estas injerencias pueden realizarse en forma coercitiva, es decir, aún contra la voluntad del examinado. Otras, dentro de las que se comprenden todas aquellas donde se requiera la colaboración o participación activa del imputado, solo pueden realizarse con su consentimiento.

Además del consentimiento del imputado, la intervención no puede poner en peligro la vida, salud ni dignidad del imputado y, dependiendo del caso, debe ser realizada por un médico de acuerdo con las reglas de la práctica médica, o en todo caso por un perito idóneo, previa orden necesaria y motivada del juez.

La Sala Constitucional estima que el ser humano no debe ser tratado como un medio o un objeto, sino como un fin, como persona y que por eso no puede ser sometido a ningún tratamiento inhumano, degradante ni humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado.

Se entienden entonces excluidas todas las intervenciones que ameriten una pérdida de conciencia o de libre autodeterminación en el acusado; por ejemplo, el empleo de drogas, de los llamados “sueros de la verdad”, o bien la realización de los llamados test falométricos, en los que se quiere medir la capacidad de erección del pene; los registros y exámenes vaginales practicados sin consentimiento de la persona a que se le realizan; los exámenes anales practicados sin consentimiento del examinado, o bien la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático sin consentimiento expreso del examinado.

En estos últimos casos, debe entenderse que el consentimiento es para la realización de la prueba, previamente ordenada en forma motivada por el juez, y a practicarse por un médico u otro perito afín, en todos los casos o por el propio acusado, según

sea la circunstancia. Este consentimiento elimina la intervención coactiva y no debe entenderse que de alguna manera exime al juez del deber de fundamentar la medida y de que la intervención sea practicada con la mayor diligencia, porque se trata de intervención de derechos fundamentales que, por ser materia de orden público, no puede en sus garantías y en su forma de realización, quedar librada al arbitrio del juez o al criterio de la parte, su respeto o no, independientemente de la existencia del consentimiento que no alcanza a ser renuncia de los procedimientos fundamentales establecidos en garantía contra la arbitrariedad.

Existen otros derechos fundamentales cuya afectación se permite dentro de ciertos límites rigurosos. Ello sucede por ejemplo con la integridad física, cuya leve afectación es permitida, por ejemplo, para la extracción de sangre, saliva, corte de cabellos, vellos púbicos y tejido, siempre y cuando sean practicadas por un perito y que en su realización no se pongan en peligro la vida ni la salud del examinado. Para la realización de ellas, no es necesario el consentimiento del imputado que es, en esos casos, objeto de prueba.

La posibilidad de realizar estas intervenciones en forma coercitiva no exime al juez de motivar su realización y de que sean practicadas en todo caso por un perito o médico. Siempre que se quiera realizar una intervención corporal, deben existir determinados presupuestos sustanciales de legitimación de su realización, y ellos son: a) Utilidad de la medida dentro del proceso concreto, es decir, que se espere de ella un resultado de utilidad para la causa de que se trate. b) Existencia de indicios comprobados contra el acusado que justifiquen la intervención corporal. c) Necesidad de la medida, es decir, que el resultado que de ellas se espera no pueda ser obtenido por otros medios menos gravosos, pues si es posible sustituirla por una medida menos lesiva, esta última es la que ha de prevalecer. d) Proporcionalidad de la intervención de la lesión que se pretende ejecutar, con la naturaleza de la lesión al bien jurídico que se ha dado con el delito que se investiga, pues deben guardar una relación de proporcionalidad a fin de equilibrar los intereses en juego. e) La realización de la prueba siempre debe estar en manos de peritos calificados, generalmente médicos, y nunca deben poner en peligro la salud o la integridad física del imputado, aunque medie su consentimiento. f) No pueden realizarse intervenciones corporales que impliquen en sí mismas un tratamiento cruel o degradante del examinado o que lesionen su dignidad. (Sobre el mismo tema puede consultarse la sentencia 6966-00 de las 14: 48 hrs. del 9-08-00 de la SC).

Sobre la extracción de sangre, como medio para obtener prueba del imputado, la Sala Tercera de la Corte ha señalado, en consonancia con la anterior doctrina, que sí es posible realizarla contra la voluntad del imputado, porque no se requiere de una participación activa de este:

En el primer motivo de su reclamo, el recurrente reprocha violentado el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de inocencia. Afirma, que el mandato constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, amplía su contenido a otras actuaciones dentro del proceso, como la obtención de prueba facilitada por el propio acusado y que luego se usa en contra suya. Asegura, que la prueba de “marcadores genéticos” obtenida con la participación del imputado y utilizada en su contra en el fallo, de manera esencial, constituye prueba espuria o ilegítima, por lo que correspondía al Tribunal de juicio abstenerse de valorar esa prueba y que contrario a lo sucedido, se utilizó como elemento para desvirtuar la versión de Solano Loaiza. No se acoge el reclamo: La norma constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, se refiere al imputado como sujeto de prueba, en donde no se le puede exigir un hacer que pueda comprometerlo, tal como en la confección de un cuerpo de escritura que debe ser analizada por un técnico. Diferente es la situación, en el caso de que se le considere objeto de prueba, como en la extracción de sangre. Al respecto, ha señalado la Sala Constitucional: “[...] Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal deben ponderarse dos intereses; la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto de los derechos fundamentales del imputado por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que debe utilizarse su propio cuerpo...el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran de una colaboración pasiva del imputado, v.gr., extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aun sin su consentimiento”. (Sala Constitucional, voto #556-91, de 14:10 horas del 20 de marzo de 1991. En el mismo sentido, voto

#3461-93). En consulta de constitucionalidad formulada a la Sala Constitucional en torno a la alcoholemia, pericia que requiere extracción de muestra de sangre, al igual que la de A.D.N., se resolvió: “[...] 2.- Sobre el fondo. Constitucionalidad de la alcoholemia. En la sentencia 3834-92 la Sala estimó que el control de alcoholemia no es contrario a la Constitución Política. En lo que interesa dice: “la alcoholemia [...] no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito del derecho proclamado en el artículo 36 constitucional. Lo mismo puede afirmarse en cuanto a una eventual vulneración de la presunción de inocencia, entendida como derecho autónomo de todo investigado, pues la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa, no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado. Por último el obligado sometimiento del investigado a este tipo de prueba lleva consigo el derecho de defensa y el de contradicción, quien podrá ejercerlo ante la autoridad judicial correspondiente, mediante los procedimientos establecidos. En consecuencia, la prueba se estima constitucional, en el tanto no se pone en peligro la salud del examinado, ni su dignidad, ya que no se trata de un procedimiento invasivo o denigrante, como sucede por ejemplo, en el caso de las pruebas anales y vaginales las que están sometidas a requisitos calificados. (ver sentencia 1428-96). III. Una vez resuelta la constitucionalidad de la prueba de la alcoholemia, cabe preguntarse si es necesario que previo a su realización, se haya advertido al examinado el derecho de oponerse y de contar con asistencia letrada. A criterio de esta Sala, no existe ninguna exigencia constitucional de advertir al imputado su derecho de oponerse a la prueba o de brindarle asistencia letrada en ese momento, pues como quedó claramente expuesto de la jurisprudencia transcrita, no se trata de un derivado del derecho de abstenerse de declarar, cuya advertencia sí se establece como vinculante por la Constitución Política y la ley

procesal penal. Por esa razón es que se estima válida la utilización del cuerpo como objeto de prueba, sin necesidad de hacer las advertencias y garantías previstas en la Constitución y la ley para otros casos, pues se considera que el derecho de no inculparse no se extiende a esos límites, y se trata además, como ya se indicó, de pruebas no lesivas de la dignidad o salud del examinado. Este tipo de pruebas, no son fines en sí mismas, y están sujetas al principio de contradicción ante la autoridad competente, de tal forma que es ante ésta que, con asistencia letrada, se establece el contradictorio con ejercicio pleno del derecho de defensa y sus derivados. Lo anterior implica que la prueba de alcoholemia, como prueba técnico-científica, queda sometida al sistema de valoración similar al del resto de las pruebas que puedan allegarse al expediente en relación con el hecho acusado, esto es, al de sana crítica racional". (voto #06966-00, de 14:48 horas del 9 de agosto de 2000). En el presente caso, no se cuestiona la prueba en sí, sino su obtención, que como se indicó, no se equipara al derecho de abstenerse de declarar por parte del acusado, ni se deriva de él, puesto que no se trata de un hacer del justiciable, sino que ante la obtención de la prueba, su actitud es pasiva. Conforme con el artículo 88 del Código Procesal Penal, la toma de muestra de sangre, cuando no provoque perjuicio para la salud o integridad física, ni degrade a la persona, puede ordenarla directamente el Ministerio Público, aun sin contar con consentimiento del imputado. En el presente caso, no se ha establecido que la obtención de la muestra causara perjuicio a la salud o integridad de Solano Loaiza, ni es un acto degradante. Por lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo.

(S 1301-04 de las 10: 15 hrs. del 12-11-04 de la STC. Pueden consultarse al respecto, las sentencias 678-05 de las 9: 50 hrs. del 22-06-05; 80-04 de las 9: 25 hrs. del 13-02-04; 1084-03 de las 10: 05 hrs. del 28-11-03, 631-03 de las 10: 30 hrs. del 31-07-03; 88-02 de las 9: 30 hrs. del 8-02-02 de la misma sala).

[...] por la naturaleza misma de la diligencia probatoria que se practicó, en la cual no se requería ninguna participación activa o cooperación del acusado, el mismo se convirtió en objeto de prueba, de donde estaba obligado a soportar la extracción de sangre aún y cuando no consintiera en ello (artículo 88 del Código Procesal Penal). Siendo ello así, es claro que el hecho de que para ese momento aún no estuviera

apersonado el abogado defensor que lo representaría (lo que no sucedió hasta horas más tarde), en nada afectaría la legitimidad de la prueba, pues aún incluyendo hipotéticamente la presencia (y eventual oposición) de éste en el momento en que se llevó a cabo dicha actuación, ello no alteraría el resultado final que se obtuvo.

(S 678-05 de las 9: 50 hrs. del 22-06-05 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 1301-04 de las 10: 15 hrs. del 12-11-04 de la misma sala).

También se señaló que para la realización de una prueba grafoscópica es posible utilizar los trazos del imputado estampados en diversos documentos, a fin de que sirvan como muestra comparativa, sin que este tenga que autorizarlo:

[...] sobre la prueba que señala el accionante que es ilegal y por ello no se debe tomar en cuenta en el proceso que se sigue en su contra, la Sala en el hábeas corpus número 0253-96, resuelto por sentencia número 0381-96 de las doce horas tres minutos del diecinueve de enero del año en curso, señaló: "Ilo.- No obstante lo anterior, es menester señalar, que los reclamos que hace el recurrente, en cuanto a la utilización de las firmas estampadas por él en las diferentes declaraciones dadas ante el Juzgado, son improcedentes, pues como ya lo estableció esta Sala en sentencia número 6261-93 de las quince horas tres minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que resolvió el hábeas corpus número 4953-93, esa posibilidad resulta válida y no contraría el derecho del imputado de abstenerse de declarar. En esa oportunidad se dijo: "Ilo. Si la autoridad recurrida ordenó realizar una prueba grafoscópica teniendo como base la firma estampada por el imputado al tiempo de la indagatoria, no obstante que en ese momento procesal se abstuvo de declarar y manifestó su deseo de no rendir el cuerpo de escritura, ello no constituye quebranto alguno a la norma constitucional que protege la negativa del encausado de declarar en su contra (artículo 36 de la Constitución Política), pues tal acuerdo en nada afecta su derecho de abstención. El medio probatorio tampoco fue obtenido mediante fuerza o coacción, para tenerlo como inválido. En la señalada norma constitucional se protege el derecho de abstención, pero ello no conlleva a que prueba lograda legítimamente, aunque relacionada con el procesado, no pueda ser tomada en consideración para averiguar

la verdad real de lo acontecido. A efecto de lograr los rasgos de escritura necesarios para llevar a cabo el estudio grafoscópico, se recurrió a firmas dadas por el imputado para otros menesteres, pero sin quebranto de sus derechos fundamentales y en razón de que resultaba necesario para realizar un dictamen pericial cuyos resultados son indispensables para averiguar la verdad real de los hechos que se le imputan.” Así, el tomar su firma estampada en varias actuaciones a lo largo del expediente, como muestra comparativa para realizar una prueba grafoscópica, no lesiona ningún derecho fundamental del acusado. Con mucho mayor razón, las demás piezas o documentos ajenos al proceso, que puedan allegarse a éste, por los medios legítimos –esto es, mediante la correspondiente autorización judicial en resolución debidamente fundamentada, para su secuestro, o bien para el allanamiento y registro del lugar en donde se encuentren, así como su posterior secuestro–, resultan ser perfectamente utilizables, aunque el imputado no lo consienta, pues es parte de los poderes del Estado para investigar la verdad de los hechos delictivos y en ello no se quebranta derecho alguno del acusado.

(S 1718-96 de las 9: 00 hrs. del 19-04-96 de la SC).

6) No existe obligación de realizar la prevención de abstenerse de declarar en el procedimiento abreviado

Reiteradamente se ha señalado que no se requiere hacer la prevención de abstenerse de declarar, tratándose de la aplicación del procedimiento abreviado. (S 635-00; 2289-00; 2291-00; 421-00 y 422-00 de la SC; 158-04 de las 8: 35 hrs. del 5-3-04 de la STC y 624-03 de las 9: 40 hrs. del 3-07-03; 621-03 de las 9: 40 hrs. del 3-07-03 del TCP).

La Sala Constitucional estimó para ello que la situación fáctica a la que se refiere el artículo 36 de la Constitución Política es la de aquellos asuntos que son conocidos mediante el procedimiento ordinario y no para el caso del procedimiento abreviado que tiene la particularidad de que precisamente se requiere la aceptación del imputado de los hechos que se le atribuyen. Este libremente decide colaborar con el proceso para obtener una ventaja para sí. Sostiene la sala que exigir la prevención en esos casos sería el cumplimiento de un mero ritualismo sin menor sentido que no le reporta ventaja jurídica alguna al imputado.

7) La suspensión del proceso a prueba no vulnera el derecho de abstención

En la sentencia 2404-98 de las 18:18 hrs. del 1-04-98 de la SC, se resolvió que el artículo 25 del Código Procesal Penal que establece la suspensión del proceso a prueba, no es contrario a la garantía de abstenerse de declarar, porque si bien es cierto el imputado debe aceptar los cargos, esta aceptación es voluntaria, y si no la rinde no le ocasiona consecuencias más allá de la continuación de la realización normal del proceso, con respeto de todos los derechos y garantías:

Al confrontar con tal garantía la norma impugnada, se concluye que no hay violación alguna porque, en primer término, no se establece a cargo del imputado una ineludible obligación de declarar, sino más bien una posibilidad para hacerlo si lo cree conveniente a sus intereses, es decir, al amparo de dicha regla ninguna autoridad puede conminarlo a declarar; en segundo término, la negativa de declarar no puede causarle perjuicio alguno, si la única consecuencia de desatender las previsiones del artículo 25 cuestionado, será que el proceso penal sigue su curso normal, sin que el imputado pierda ni una sola de las garantías fundamentales que recoge nuestra Constitución Política en su favor y en caso de que decida aceptar su responsabilidad en el hecho, ello sólo tiene consecuencias respecto a la concesión del beneficio, pues caso de incumplimiento –lo que conlleva la prosecución del proceso– el reconocimiento otorgado no tiene mayores consecuencias, pues no puede ser tenido como un reconocimiento de culpabilidad.- Estos razonamientos son suficientes para afirmar que la norma impugnada no infringe el artículo 36 Constitucional, en tanto no se obliga al imputado a perjudicarse a sí mismo con su declaración, sino que se trata solamente de un requisito para el otorgamiento de la suspensión del procedimiento a prueba, sin ninguna trascendencia jurídica fuera del estricto contexto de esa gestión.- Claro está que el imputado tiene que reconocer la comisión del ilícito si desea acogerse a la suspensión del proceso a prueba, pero se trata para él de un trámite opcional, adicional y prescindible del proceso penal, diferente de las bases constitucionales que conforman este último y necesario solamente para fundamentar las circunstancias en que el juez acuerda la suspensión y sus consecuencias.- Es más bien –claramente– una creación legislativa que no atañe al ejercicio de

los derechos fundamentales del imputado y, en concreto, del fijado en el artículo 36 constitucional por el que puede abstenerse de declarar en el proceso en su contra sin daño alguno.

8) Requisitos del vínculo de hecho para el reconocimiento del derecho de abstención

Se ha señalado que para que proceda el derecho de abstención en el caso de las uniones de hecho, deben mediar ciertos requisitos, tales como: la estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad, y no existe la obligación de prevenir en los casos de relaciones esporádicas, pues no existe unión familiar que tutelar:

[...] Si bien la Sala Constitucional ha señalado que la facultad de abstención dispuesta en los artículos 36 de la Constitución Política y 228 del Código de Procedimientos Penales es “una garantía absoluta que no admite limitación alguna y tiende a proteger la cohesión del núcleo familiar” (Nº 264 de las 14:30 horas del 6 de febrero de 1991), reiterando que esta facultad “tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una declaración del cónyuge o de los parientes en los grados ahí descritos, en contra de otro familiar” (Nº 2776 de las 14:30 horas del 2 de setiembre de 1992, adicionada y aclarada por la Nº 2984 de las 9:15 horas del 25 de junio de 1993) y que “el derecho de abstenerse de declarar[...] comprende a los familiares en tercer grado inclusive, de consanguinidad o afinidad, cuyas relaciones surjan de una relación de hecho que reúna las características de estabilidad, cohabitación y singularidad” (Nº 6798 de las 14:51 horas del 23 de noviembre de 1994), también es cierto que la jurisprudencia de esa Sala ha señalado que: “Debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de estabilidad (en la misma medida que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta, es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad

(no es una relación plural en varios centros convivenciales)[...] La sala no puede definir qué es la “familia de hecho”, el juez debe valorar cada caso” (la negrilla es suplida, N° 1151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994, en igual sentido la N° 1153 de esa misma fecha).” (Sala Tercera, N° 286-F-96 de las 9:20 horas del 4 de junio de 1996).

(S 419-04 de las 9:47 hrs. del 7-5-04 de la STC. Sobre este tema, puede consultarse además la sentencia 517-02 de las 9:40 hrs. del 7-06-02 de la misma sala)

9) Derecho de abstención de familiares incluye la no obligatoriedad de colaborar en la obtención de elementos de prueba

[...] lleva razón el quejoso al considerar que los oficiales que participaron en la investigación no actuaron con las formalidades y exigencias previstas para obtener prueba válida o legal, como lo fue solicitarle a la hija del justiciable, de nombre P.A.B., no obstante las sospechas que existían contra su padre, que entregara la ropa o la supuesta evidencia que lo relacionaba con el homicidio de L.A.R.V., sin cumplir con los requisitos de ley para realizar una actuación semejante. Conforme a lo que consta en el expediente, en especial del informe policial de folios 1 a 8 (puntos 13, 14 y 17 de las diligencias realizadas), del acta de entrega de folio 17 y de acuerdo con lo que se hizo constar en sentencia, no cabe la menor duda que la policía judicial actuó de manera indebida, pues su deber al presentarse a la casa [del imputado] para recolectar prueba que lo pudiera involucrar o relacionar con el hecho acontecido, era informarle a su hija con claridad, lo cual se omitió, la razón de su presencia en el lugar y el derecho que ella tenía de abstenerse no solo de declarar en contra de su padre, sino también de aportar o participar activamente en la obtención de elementos probatorios que pudieran perjudicarlo. Sobre este punto, ya esta Sala, en el marco de la legislación procesal que - aunque derogada - es similar a la vigente, se pronunció sobre el deber de toda autoridad judicial o policial de advertirle a las personas que corresponden del derecho que les asiste de abstenerse de declarar o participar activamente en la producción de prueba en contra de un familiar cercano [...]. Consecuentemente, al no haber procedido los oficiales de policía en la forma que se indicó,

resulta claro que quebrantaron el debido proceso en este extremo, pues su deber era actuar según lo que dispone la ley en estos casos. En otras palabras, previo a solicitar a la joven las ropas o vestimenta que llevaba consigo su padre el día del incidente, debieron de advertirle la razón por la que realizaban dicha petición y el derecho que le asistía legal y constitucionalmente de abstenerse de declarar o participar en un acto productor de prueba o evidencia en contra de aquél. Este hecho acarrea, y así se decreta, la invalidez o ineficacia del decomiso de la ropa o prueba recolectada o decomisada en la casa del encartado, así como de los otros elementos de juicio que de este derivan [...].

(S 288-03 de las 9:50 hrs. del 9-05-03 de la STC. En el mismo sentido, las sentencias 377-00 de las 10:00 hrs. del 7-04-00; 410-04 de las 9:30 hrs. del 30-04-04 de la STC y 3483-93 de las 14:42 hrs. del 21-07-93 de la SC).

10) Declaración del testigo sobre hechos que le pueden generar responsabilidad penal

En virtud de lo dispuesto en el artículo 204 *in fine* del Código Procesal Penal, el testigo no está en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal, por lo que se ha establecido jurisprudencialmente la obligación de prevenirlo sobre su derecho de abstención. Así, en la sentencia 5630-94 de las 16: 06 hrs. del 28-09-94, la Sala Constitucional señaló:

Sin duda, la Carta Fundamental otorga al imputado el derecho absoluto a que no se le obligue a declarar contra sí mismo. El testigo (con o sin juramento), al igual que el imputado, están obligados a comparecer al llamado judicial y si no lo hacen podrán ser compelidos por la fuerza. Para la Sala la aplicación directa de la garantía contenida en el artículo 36 de la Constitución Política no permite más que afirmar, que ni al testigo sospechoso, ni al imputado, podrían obligárseles a declarar contra sí mismos. Los medios de coerción que establece la legislación para obtener la declaración de los testigos (obligarlo a manifestarse inclusive recurriendo a la privación de libertad), por razón lógica, no resultan aplicables a los testigos sospechosos, ya que en relación con ellos prevalece, por imperio propio, la disposición del artículo 36

constitucional. En efecto, este tipo de testigo podrá ser citado para que declare y deberá comparecer al llamado judicial sin que el juez pueda coaccionarlo, por ningún medio, para que rinda la declaración; y es que, en aplicación de la máxima “nemo turpitudinem suam revelare tenetur”, este tipo de testigo no puede ser colocado en una situación peor que aquella que tendría como imputado. Precisamente por ello, no puede interpretarse que las disposiciones de los artículos 225, 226, 232 y 233 del Código de Procedimientos Penales obligan, por sí mismas, al testigo sospechoso a declarar contra sí mismo: Esta interpretación, sin duda, tendría graves vicios de constitucionalidad y el Juez debe aplicar la norma imperativa de rango superior, que dispone que en materia penal, nadie (sin ninguna diferenciación) puede ser obligado a declarar contra sí mismo. VIII-) Como efecto de lo anterior, el testigo sospechoso podrá abstenerse de indicar todo aquello que pueda implicarle responsabilidad penal y el juez de la causa deberá valorar esta circunstancia en el caso concreto y advertirle las consecuencias de su dicho y que le asiste el derecho al silencio. La declaración recibida en contravención con lo anterior, no podrá surtir efectos y será absolutamente nula por violación a los principios que integran el debido proceso. Por otra parte, nada impide al juez permitir al testigo sospechoso que se haga asesorar de un letrado a efecto de que pueda enterarse de cuáles manifestaciones pueden implicarle responsabilidad penal. En todo caso, como se indicó la presencia de un letrado no exime al juez de su obligación de velar por la aplicación del artículo 36 constitucional. Bajo ninguna circunstancia debe omitirse indicar al testigo que le asiste su derecho al silencio lo que se hará constar en el acta levantada al efecto.

Se reconoce también el derecho de abstenerse de declarar a los familiares de los testigos sospechosos; pero solo en los supuestos en donde sus declaraciones puedan acarrear algún perjuicio para estos y no en la totalidad de la declaración que sí están obligados a rendir:

[...] las declaraciones de los parientes del testigo sospechoso tendrían que ser recibidas sin ninguna restricción –salvo las necesarias si sus deposiciones eventualmente pudieran perjudicar a su familiar–, toda vez que fueron llamados a testificar en una causa que se sigue contra una persona a la que no los une lazos de parentesco dentro de los

grados de protección o abstención, y por ende, no tienen derecho de ejercitar esa facultad constitucional guardando silencio absoluto en el tanto sus declaraciones no perjudiquen a su pariente. Los integrantes del Tribunal, como garantes de los derechos fundamentales de las partes del proceso, deben verificar en cada caso y cada pregunta la verdadera entidad lesiva o no a los derechos constitucionales de quien concurre al debate en la condición reservada y si se diera una declaración comprometedora o lesiva de los intereses del pariente involucrado —o bien se hiciera ex-profeso con la intención de probar la culpabilidad de quien en ese momento se juzga—, y ello diera pie a un testimonio de piezas en su contra, dichas declaraciones no podrían servir de base para sustentar sobre ellas acusación válida alguna y, mucho menos, cualquier resolución judicial perjudicial. Resulta razonable que se privilegie a la Administración de Justicia, para que mediante la utilización de un medio de prueba como el testimonio, se procure la obtención de la verdad real, antes de que se faculte a los parientes del testigo sospechoso a abstenerse del todo, lo cual tendría como consecuencia la obstaculización de la Administración de Justicia. Una posición intermedia y del todo acorde con el criterio de proporcionalidad, pues satisface los dos intereses constitucionales mencionados, supone recibir las declaraciones testimoniales de los parientes del testigo sospechoso sin ninguna restricción, porque fueron llamados a declarar como testigos en una causa que se ventila contra una persona a la que no los une lazo de parentesco dentro de los grados de protección o abstención y, por ende no tienen derecho a ejercitar la facultad que el artículo 36 les confiere de modo absoluto —es decir guardando silencio— sino en el tanto sus declaraciones no perjudiquen a su pariente.

(S 1202-98 de las 15:39 hrs. del 24-02-98 de la SC).

CASOS RELACIONADOS CON EL DERECHO DE ABSTENCIÓN

Síntesis del caso

La representante del Ministerio Público interpuso un recurso de casación contra la sentencia que dispuso absolver al encartado [...] por dos delitos de abuso sexual ejecutados en perjuicio de persona menor de edad y un ilícito de abuso deshonesto, en perjuicio de I.C.U. En el único extremo, reclama que ofreció como prueba esencial, la declaración de la bachiller en psicología M.L.U.M. que fue la profesional encargada de terapiar a la menor ofendida durante su estancia en el albergue: “Casa de Nuestra Señora del Refugio” (O.N.G.), varios meses después de suscitarse los hechos investigados: Sin embargo, la testigo, invocando el secreto profesional, optó por abstenerse de declarar y el tribunal la relevó de su obligación, considerando

[...] previamente a rendir su declaración y que el Estado tenga legitimación para obligarla a usted a que rinda una declaración, debe ser liberada de manera expresa por la persona interesada, en este caso no se hizo así, con la menor ofendida y es la única que la podría relevar, inclusive siendo menor de edad, es una persona y tiene todos los derechos, pues en este caso le es imposible para el Tribunal recibir el testimonio”, (cfr. folio 112 fte.; la letra negrita se suple) y a ello agregó: “[...] en este caso la bachiller M. L.U.M., ella está juramentada y ella a dicho aquí que todo el conocimiento lo adquirió en virtud de unas situación estrictamente profesional y bajo esa perspectiva el secreto debe prevalecer, parte de la garantía existente en un régimen democrático y el resguardar el interés superior del niño está precisamente el resguardar el derecho que tiene la menor de edad, hoy adolescente a que no se conozca, salvo, su expreso consentimiento las manifestaciones y el contenido de la terapia, entrevista, consulta que tuvo con M.L.U. M. en su condición profesional.

La fiscal recurrente señala que si bien el derecho de abstención se aprecia tutelado en los artículos 206 y 281, inciso b) del Código Procesal Penal, estos resultan contradictorios por obligar a determinadas personas que ejercen el arte de curar –entre los que debe incluirse a los psicólogos– de abstenerse de declarar y denunciar, por lo que debió resolverse el caso aplicando lo dispuesto en el Código de la niñez y de la adolescencia que establece que el personal encargado

de los centros de salud, públicos o privados, a los que se lleva a las personas menores de edad para ser atendidas tiene el deber de denunciar, y resulta en consecuencia ilógico que esas mismas personas tengan correlativamente el deber de abstenerse de declarar, en virtud del secreto profesional. La víctima no fue citada a la audiencia.

¿Considera usted que la testigo tenía la obligación de abstenerse de declarar por el secreto profesional en su condición de bachiller en psicología? ¿Qué implicaciones tiene el hecho de que la víctima menor de edad no hubiera sido citada a la audiencia?

Decisión del tribunal

El reclamo resulta procedente: El artículo 206 del Código Procesal Penal dispone que

[...] Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado [...]. Sin embargo, estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto... En caso de ser citadas, estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención. Si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada.

Ahora bien, según se aprecia del contenido del acta de debate, la testigo M.L.U.M., psicóloga del centro “Nuestra Señora del Refugio”, señaló que: “[...] acogiéndose al código de ética de nosotros, me abstengo de declarar”; asimismo, manifestó que su conocimiento se derivó de la atención brindada en consulta a la menor ofendida [...] corresponde aclarar - en primer término - que no se aprecia incongruencia o contradicción alguna entre lo dispuesto en el artículo 206 y el inciso b) del 281 -ambos del Código Procesal Penal -pues este último si bien establece la obligación de denunciar de los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, ciertamente ese deber se establece en forma limitada,

incluyendo la salvedad de que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por ley bajo el amparo del secreto profesional.

A tales efectos, no basta con que el testigo señale su interés de ampararse a la norma, sino que correlativamente, deberá el Tribunal establecer si efectivamente se cumple con los requisitos para ejercer una profesión de las señaladas expresamente en la normativa. No está de más señalar que conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Colegio de Psicólogos de Costa Rica, # 6144, del 28 de noviembre de 1977 vigente, en su artículo 3°, para incorporarse al Colegio Profesional deberá contarse con el título de “licenciatura”, de manera que los “bachilleres” en dicha ciencia, a fin de poder ejercer funciones –entre ellas, la terapéutica– deberán hacerlo bajo supervisión de un profesional en este campo, con grado mínimo de “licenciatura”, según lo dispuesto en el reglamento dictado al efecto por el Colegio Profesional, al encontrarse imposibilitados los “bachilleres” por disposición legal, para incorporarse al colegio directamente.

En segundo término, corresponde resaltar que el sistema procesal penal vigente se orienta hacia la búsqueda de la verdad real y en este caso, la declaración de U.M., que fue la persona que atendió a la menor ofendida en el ambiente protegido en el que se la ubicó como consecuencia de la denuncia de los hechos aquí investigados, constituía prueba esencial y útil a la causa, máxime cuando el Tribunal señaló no poder concluir con certeza que no hubiese ocurrido algún ultraje sexual a la afectada, por contar solo con prueba documental que no pudo reforzar mediante otro elemento probatorio que permitiera arribar a un juicio de certeza (cfr. folio 131).

En tercer lugar, se observa que la deposición de la testigo no se recibió de manera adecuada. En efecto, los Juzgadores interpretaron que la liberación del secreto profesional debió ser previa a comparecer el testigo y sobre esa base, obviaron citar a la víctima para consultarle al respecto, lo que es grave, porque aunque en forma expresa se le reconoció su condición de persona, correlativamente se le vulneró sus derechos.

El Tribunal debió hacer valer ese reconocimiento de la menor como persona de derecho y permitirle expresar su opinión respecto a lo

señalado por la testigo, ya fuera manteniendo el deber de guardar silencio o su decisión de liberarla, a efecto de que pudiera hacer públicas las situaciones de las que – eventualmente– la habría impuesto. Al no hacerlo de esa manera, más bien anuló su personalidad, restándole total contenido a esa condición y contraponiéndola a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño y el Código de la niñez y la adolescencia, que reformulan el tema de las competencias de los menores dentro de los procesos judiciales, reconociéndoles la posibilidad de poder participar, expresarse y ser escuchados en todos aquellos asuntos que les afecten, con lo que se protege legalmente su derecho a ser atendidos y a tomar en cuenta su opinión en los procesos judiciales, lo que se negó en este caso. Ante el incorrecto proceder del Tribunal, se provocó un vicio de carácter absoluto al dejar en total estado de indefensión a la víctima, pudiendo ser determinante en la resolución de la causa, por lo que procede declarar con lugar el recurso de casación presentado, anulando la sentencia y el debate que la precedió y ordenando reenviar la causa al Tribunal de origen, para nueva y debida tramitación.

(S 1163-05 de las 10:45 hrs. del 10-10-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensora del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a doce años de prisión por considerarlo autor responsable de tres delitos de abuso sexual contra menor de edad. Alega violación al debido proceso por inaplicación del artículo 205 del Código Procesal Penal por cuanto el fallo, al identificar al imputado, indica que el mismo convive en unión libre con la señora. También se tiene por demostrado que esta es la madre de la menor ofendida, quien es la compañera del imputado y madre de su hijo de siete años. Lo anterior convierte al acusado en el padrastro de la ofendida, lo que implica que entre ambos existe un vínculo de afinidad (incluso aquel es el padre del hermano de la menor). No obstante, el tribunal no le formula a la ofendida la prevención de abstenerse de declarar, indicando en el fallo:

[...] dicho encartado dejó de fungir como padrastro de la menor, debido a que a raíz de los mismos problemas subcitados (sic) la menor ofendida tuvo que venirse a vivir nuevamente con su padre biológico

[...] De ahí que el planteamiento de la defensora de que a la menor debía prevenirsele del derecho de abstención no encontró razón de ser, debido a que el vínculo de padrastro que el imputado tuvo con la ofendida, y que tan mal utilizó, ya dejó de existir, y por ende no existe motivo para realizar la prevención del derecho de abstención que prevee (sic) el artículo 205 del Código procesal Penal [...].

A usted como fiscal se le confiere audiencia acerca del recurso de casación formulado, ¿cómo lo contesta? ¿Estima que debió realizarse la prevención a la ofendida? ¿Considera que con la salida de la casa, se dio un rompimiento del vínculo de afinidad?

Decisión del tribunal

La Sala Tercera de la Corte estima que sí debió hacerse la prevención a la ofendida, en razón de que el vínculo con la madre subsiste y el imputado sigue siendo su padrastro, a pesar de que ya no habiten en la misma casa:

II.- Por las razones y en la forma que se dirán, la queja es atendible. De los términos en que aparece redactado el fallo de mérito se determina con toda claridad que para el momento en que se ubican temporalmente los hechos (de setiembre a noviembre de 2000) el acusado [...] convivía con la señora [...], quien es la madre de la ofendida (cfr. folio 122, línea 1 en adelante), siendo incluso que por esta circunstancia aquellos se calificaron como abuso sexual contra persona menor de edad, en su modalidad calificada (cfr. folio 129, línea 21 en adelante; folio 130, línea 13 en adelante). Además, esta relación de convivencia se mantenía para el momento en que se llevó a cabo el juicio oral y público, pues así se indicó en el encabezado mismo de la sentencia y en los datos de identificación recogidos en el acta del debate, e -incluso- los hermanos de la ofendida viven con el acusado (cfr. folio 120, líneas 13 y 14; folio 126, líneas 12 a 14; y folio 155, línea 16 en adelante) [...]. En el contenido del fallo también se hizo alusión a este aspecto, arrastrándose un evidente error interpretativo al sostenerse que, en vista de que la menor se trasladó a vivir de la casa del imputado a la de su padre biológico, el primero dejó de ser su padrastro: [...] (cfr. folio 127, línea 4 en adelante). Como se comprende de lo hasta aquí expuesto, la queja de la recurrente es de recibo, por cuanto la decisión del Tribunal (en cuanto negó el derecho de abstención) parte de un evidente error

interpretativo, pues el hecho de que desde un año antes de la celebración del juicio la ofendida se haya ido a vivir con su padre biológico, de ningún modo hizo desaparecer la condición de padrastro que con respecto a ella mantiene el imputado, misma que surge no de que aquella habite bajo el mismo techo con éste, sino precisamente de la relación de convivencia que el mismo mantiene con la madre de aquella. Es claro que ese traslado no implicó la ruptura del vínculo familiar existente entre ambos, pues no podría perderse de vista que según se colige de las piezas analizadas, la señora [...] (madre de la menor) sigue conviviendo con el acusado, de donde ese parentesco por afinidad (surgido precisamente por esa unión de hecho) persiste en la actualidad [...] a pesar de que la ofendida ya no habita en la misma casa en que lo hacen su madre y el imputado (se trasladó a vivir con su padre biológico hace un año), estos dos aún mantienen su relación de convivencia, de la cual –incluso– procrearon un hijo en común. En tales condiciones debe comprenderse que sí persiste un vínculo familiar que es tutelado por la norma procesal que se acusa como inobservada. Por otra parte, del estudio del fallo de mérito se comprende con absoluta claridad que la declaración de la ofendida (en cuya evacuación se dio el yerro que se ha hecho notar) resultó esencial a la hora de estructurar el juicio de responsabilidad en contra del acusado (cfr. folio 126, línea 10 en adelante), de donde la pretensión de nulidad resulta procedente. De acuerdo con los razonamientos antes expuestos, debe dejarse bien claro que en todos aquellos casos en los cuales se hayan roto de manera definitiva los vínculos entre las partes, incluso con respecto a otros miembros del núcleo familiar (lo que, según se explicó, no ocurre en la especie), no correspondería hacer las advertencias acerca del derecho de abstención que aquí se han echado de menos, ello por la sencilla razón de que ya no existiría ninguna razón que las justificara, desapareciendo entonces la base fáctica que de acuerdo a la Constitución Política y el Código Procesal Penal las determina. En consecuencia, se declara con lugar el primer motivo del presente recurso, en virtud de lo cual se anulan la sentencia dictada y el debate que la precedió, ordenándose su reposición. Por innecesario, visto lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre los restantes motivos invocados por la reclamante.

(S 201-05 de las 9:55 hrs. del 18-03-05 de la STC. En el mismo sentido, la sentencia 1358-00 de las 9:25 horas del 24-11-00 de la misma sala).

Síntesis del caso

La defensora del imputado formula un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido como autor responsable del delito de “Ocultación de Impedimento Matrimonial” y, por tal motivo, le impuso la sanción de tres años y seis meses de prisión. Aduce como inobservado el artículo 205 del Código Procesal Penal, porque a la testigo no se le advirtió acerca del derecho de abstención con que contaba por su condición de cónyuge del imputado. Con ese sustento, interpreta que de esa prueba el tribunal no pudo extraer indicios probatorios que perjudicaran al encartado.

¿Cómo contesta la audiencia que se le confiere como fiscal? ¿Estima que debió realizarse la prevención?

Decisión del tribunal

[...] en lo referente al derecho de abstención alegado a favor de por estar casada con el justiciable, pretende obviar el recurrente, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Código de Familia, el matrimonio entre ambos, era legalmente imposible, razón por la que adolece de un vicio de carácter absoluto, desde el momento mismo de su realización, por estar ligado uno de los contrayentes por un matrimonio anterior y sobre esa base, dicho vínculo al ser absolutamente inválido, es incapaz de surtir ninguno de sus efectos y por lo consiguiente, excluyente de la aplicación –que se extraña– de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal.

(S 728-05 de las 9: 30 hrs. del 1-07-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensora del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a la pena de cinco años de prisión por el delito de robo agravado en perjuicio de A.M.S.C. Como uno de los motivos del recurso, acusa el uso de prueba espuria para la motivación del fallo impugnado, porque se tomó en cuenta para arribar al juicio condenatorio que el ofendido señaló en la audiencia que la madre y hermanas del imputado le indicaron que este había sacado una caja de la casa y que, posteriormente, había llamado un taxi, lo que a la postre condujo a

la identificación del taxista informal J.C.M.G., quien a su vez fue entrevistado por el investigador judicial, sin las formalidades de ley, puesto que se trataba de un testigo sospechoso. Solicita que se anulen la sentencia, así como el debate que le dio origen. De acuerdo con los artículos 450 y 451 del Código Procesal Penal, solicita que se reenvíe el expediente al tribunal de origen para una nueva sustanciación.

¿Estima usted que la declaración del ofendido que refiere a su vez lo señalado por las familiares del imputado resulta prueba espuria? ¿Puede ser considerada para inculpar al imputado?

Decisión del tribunal

La queja no es atendible: Cuando el ofendido llegó a la cabina que arrendaba a la familia del encartado, la madre y hermanas de éste -de forma espontánea- le hacen manifestaciones al agraviado, lo que le permitió al mismo a su vez, informar a las autoridades de dichos datos y con ello ubicar al taxista informal Juan Carlos Moya Granados. Lo dicho por las parientes del encausado a la víctima, no está sujeto a las prevenciones constitucionales, dado que el ofendido no es una autoridad pública, sino que recibe una información –incluso en este caso no solicitada– en calidad de ciudadano interesado en recuperar sus bienes sustraídos, por lo que no está sujeto a las formalidades que sí tienen las autoridades jurisdiccionales y policiales al interrogar a familiares de los imputados. Tampoco existe ninguna justificación para tratar a Juan Carlos Moya Granados, conductor del taxi informal, como testigo sospechoso del robo, puesto que aunque es constatable que en un primer momento no quería conversar con la policía por temor a verse involucrado en los hechos, de ello no puede derivarse -como lo hace la defensa- que tuviese efectivamente alguna responsabilidad penal en los mismos, además que resulta posible que no quisiese inmiscuirse dado que el encartado era conocido en la zona como una persona problemática y tuviese miedo a una represalia, por lo que de haber sido considerado sospechoso de algún delito, el Ministerio Público lo hubiese acusado del mismo, lo que no sucedió en la especie. Se declara sin lugar este extremo de la impugnación.

(Sentencia 1269-05 de las 9:15 hrs. del 14-11-05 de la Sala Tercera de la Corte).

Síntesis del caso

El defensor del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a diez años de prisión por dos delitos de robo agravado. Como uno de los motivos del recurso, alega fundamentación ilegal del fallo por estimar que se apoya en prueba ilegalmente obtenida, en razón de que la Policía Judicial se presentó a la casa de la madre del acusado y, sin advertirle de su derecho de abstención, como el de no prestar colaboración a la Policía, la coaccionaron psicológicamente y lograron la entrega de una motocicleta, cuyo hallazgo fue la prueba fundamental para acusar y, posteriormente, tener como responsable al imputado del robo agravado.

La madre del imputado declaró en la audiencia que la Policía se presentó e indicó que sabía que en la casa se hallaba la moto y afirmó que esta ingresó y la sacó. Además, manifiesta que la Policía tenía rodeada la vivienda y ella se descompuso por la impresión y señaló que nadie le advirtió que podía abstenerse de declarar y de colaborar.

De la lectura del acta de secuestro, número 264867 de folio 149 del tomo II de esta causa, se desprende que los oficiales F.H.V., S.G.O., R.Q.Z. y L.F.L.B. de la Delegación del Organismo de Investigación Judicial de Alajuela consignaron el decomiso de una motocicleta frente a la casa de la madre del acusado que, minutos antes del decomiso del vehículo dicho, había sido detenido en un operativo realizado por el Ministerio Público y la Policía Judicial de Alajuela, cuando pretendían extorsionar a L.G.L., a quien le habían sustraído su motocicleta aproximadamente dos semanas antes y a quien el imputado A.A., en asocio con el también imputado W.G.C.M. y otros dos sujetos no identificados aún, pretendían cobrarle doscientos mil colones y un televisor a cambio de devolver la motocicleta. Se entregó el dinero a los acusados mediante un operativo totalmente controlado por la Policía y mediando entrega de dinero previamente individualizado, además de haberse coordinado la autorización y la orden judicial previa para allanar la casa de habitación de ambos sujetos con posterioridad a las detenciones.

Precisamente cuando realizaron estos dos allanamientos, se afirmó que a la Policía le llega “información confidencial” que señalaba que en casa de la madre de A.A., habían ocultado una motocicleta. Razón por la cual, los oficiales antes señalados, se desprendieron del operativo y se trasladaron a la casa de la señora. Se consignó en el informe policial:

[...] En vista del resultado obtenido en el Allanamiento realizado a la vivienda del encartado Araya Araya, y conociendo de antemano la ubicación de la casa de su madre, o sea en la Guácima (sic), se procedió a visitar dicha vivienda y después de una larga conversación desde las afueras de la vivienda por parte de los oficiales que la visitaron, sus moradores indicaron que ahí se encontraba una motocicleta, la cual por su propia convicción sacaron y en la vía pública se procedió al decomiso por orden del señor Fabio Herrera Villalobos y se trasladó hasta nuestro despacho, lugar donde el día de hoy (29-05-99), se presentó el señor Víctor Alfaro Alfaro a denunciar que él había sido víctima de un asalto por parte de dos antisociales que viajaban en motocicleta y utilizando armas de fuego lo despojaron de su vehículo [...].

No consta en el acta que se realizara prevención alguna a la madre del imputado.

A usted como fiscal le corresponde contestar la audiencia de casación, ¿que argumentaría? ¿Le parece correcta la actuación policial? ¿Podría utilizarse ese decomiso para fundamentar el fallo?

Decisión del tribunal

El reclamo es procedente [...] Es claro que por la condición que ya ostentaba A.A. como imputado, por encontrarse a ese momento incluso detenido, doña Elizabeth, como su madre, estaba protegida por el privilegio constitucional de abstención que consagra el artículo 36, es su titular y ese derecho debió ser respetado indiscutiblemente por las autoridades judiciales. La prerrogativa constitucional no se reduce simplemente a no rendir declaración ante las autoridades respecto de los hechos en que el familiar esté involucrado. Comprende ampliamente la inexistencia de una obligación de colaborar en forma alguna, porque para el esquema constitucional es más importante la tutela de los vínculos familiares que la averiguación de la verdad y en el juego de equilibrar y dar prioridad a los distintos intereses, se optó por dar preeminencia al mantenimiento de la solidaridad familiar antes que el descubrimiento de la verdad, de modo tal que no puede obligarse a los parientes descritos en la norma señalada a declarar, a entregar evidencia, a colaborar de cualquier forma con las autoridades.

[...] No corresponde a los ciudadanos demostrar que la policía actuó arbitrariamente, sino que ésta debe actuar dentro del marco legal establecido y debe acreditarlo. No hay justificación alguna para que en medio de la realización de diligencias formales de allanamiento, en coordinación con dos fiscales y dos jueces penales de Alajuela así como con asistencia de la defensa pública, un grupo de oficiales se aparte de esta operación y sin que conste directriz fiscal en cuanto al punto, como tampoco se documente el tipo de información recibida, se presenten a la casa de la madre del acusado, que ya está detenido y le pidan colaborar bajo amenaza de que si no lo hace, ingresarán de todas maneras con orden judicial. En el caso concreto, lo procedente era que si la información en efecto fue recibida en el curso de los allanamientos, se solicitara verbalmente al juez la ampliación de la orden y éste fundamentara por escrito en el acta los motivos por los cuáles estimaba procedente allanar la vivienda de la madre del acusado, pues indiscutiblemente se requería de una valoración por parte del juez respecto del tipo y calidad de información –indicios comprobados de estar en presencia de un delito y de que en esa vivienda se ubicaran objetos relacionados con éste- para autorizar el ingreso y registro de la morada. Sin embargo, la policía invirtió las reglas y decidió por su cuenta obtener la prueba. La policía sabe que se dirige a la casa de la madre del acusado, a quien acaban de detener en el operativo; saben que la motocicleta, según la información que dicen tener, presumiblemente se oculta dentro de la vivienda, de modo que necesariamente habría que entrar al inmueble para ubicarla. También sabe que doña Elizabeth Araya Jiménez, como madre del detenido no tiene obligación de colaborar y que deben formularle las prevenciones al respecto. Sin embargo, el acercamiento policial se da en condiciones intimidatorias: un contingente de policías llega a la casa, llama a la puerta e indican a la señora Araya Jiménez que conocen que en el interior de la vivienda se encuentra un objeto robado y que si no colaboran igual ingresarán con orden judicial. Simplemente, la policía trató de evitarse el trabajo de tener que pedir una orden de allanamiento a través del fiscal y tener que justificar los indicios y la gravedad de la información para legitimar la emisión de una orden judicial que autorizara el ingreso a la morada. Tomó el camino fácil, el de la presencia intimidante de la policía, además de aquél de no dejar registro de su actuación, a saber, el no consignar en un acta que

acredite que justificaron y previnieron por escrito a la testigo, como correspondía, de su derecho tanto a no declarar como a no colaborar. Cómodamente tampoco identifican a los “familiares” del acusado y así se evitan el trabajo de acreditar si estaban o no cubiertos por los privilegios constitucionales de no colaborar ni declarar y, por ende, de su obligación de prevenirlos también. Así, obtienen en forma ilegal un bien que al momento de la intervención policial ni siquiera estaba vinculado a denuncia alguna, porque quedó claro cómo el ofendido Alfaro Alfaro dijo no haber denunciado y que fue cuando se presentó dos días después que incluso ya su motocicleta estaba en las oficinas de la policía. El hecho de que los oficiales se hayan apartado de los operativos que legalmente se realizaban, en lugar de aprovechar los recursos en respeto de los derechos fundamentales -control de las pesquisas por los fiscales, autorización del juez para el registro de las viviendas y asistencia letrada para los detenidos y sus familiares- como el respeto al privilegio de abstención y del derecho de no colaborar, así como la inviolabilidad misma del domicilio y que para el caso del operativo ya estaban puestos en marcha, evidencian la ilegalidad en el proceder de la policía y de la evidencia que así se obtuvo.

(Sentencia 410-04 de las 9:30 hrs. del 30-04-04 de la Sala Tercera de la Corte).

Síntesis del caso

El defensor formula un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendido a siete meses de prisión por los delitos de hurto simple y robo simple con fuerza sobre las cosas. Alega incorporación ilegal de prueba porque en su criterio se incorporó ilegalmente el acta de decomiso por derivarse de un quebrantamiento constitucional, pues dicha prueba se obtuvo de la declaración rendida por el imputado en sede policial y sin contar con un defensor que lo asesorara sobre las consecuencias jurídicas de sus actos.

El ofendido, cuando iba cerca de su casa, se encontró con dos personas que llevaban algunos bienes cubiertos y luego al llegar a su casa se percató de que le habían sustraído varios bienes, lo cual atribuye a esos dos sujetos, uno de los cuales es el encartado H.A.M., por lo que interpone la denuncia ante la Policía judicial e identifica a este como el autor del hecho.

A raíz de la denuncia, los investigadores localizan y entrevistan al imputado; este les indica dónde había guardado los bienes, por lo que proceden al decomiso. En el informe policial se señala que al ser detenido el imputado espontáneamente confiesa el lugar en donde tiene los objetos sustraídos. Uno de los investigadores declaró en la audiencia que cuando detuvieron al imputado, le hicieron las advertencias de ley y él les refiere [...] *que no quiere problemas, que él sólo tiene el V.H.S. del señor Cedeño Cavallini y que estaba en donde se conoce como la Angostura* [...]. Luego señala que sobre esa información fueron a decomisar los bienes y que las advertencias de ley al imputado no se documentaron.

¿Cómo califica usted la actuación policial? ¿Considera que la prueba obtenida a partir de la declaración del imputado es lícita o no?

Decisión del tribunal

Se declara con lugar el motivo alegado, se anula la prueba y por la duda se absuelve de toda pena y responsabilidad al acusado. El punto esencial a dilucidar es, si la prueba obtenida por los oficiales del Organismo de Investigación Judicial es legítima, en virtud de haberse localizado e incautado por la declaración del mismo imputado, de ahí que lo que corresponde examinar es si la actuación policial es correcta o no. El artículo 81 del Código Procesal Penal establece que “Se denominará imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él”. luego, en los artículos 13, 82, 91 a 93 del mismo Código se establece el derecho del imputado a ser informado de su derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, sin que su silencio implique culpabilidad y el derecho a contar con un defensor de su confianza para enfrentar el proceso penal. [...] Estima este Tribunal, que la prueba obtenida deriva de la violación de un derecho constitucional del acusado, concretamente, de su derecho de abstenerse de declarar una vez que adquiere la condición de imputado en el proceso y corresponde a la policía, demostrar fehacientemente que las manifestaciones de un imputado han sido espontáneas para poder darle algún valor a su dicho y a la prueba que pueda derivar, lo cual no ocurre en este caso. Nótese que mientras en el informe policial se habla de manifestaciones espontáneas en la declaración del oficial en la sede de juicio se habla de haberle prevenido sobre el ejercicio

de sus derechos y el Tribunal interpreta que fue una entrevista la que generó información que lo comprometía, de manera que se revela que no se cumplieron los postulados de los artículos 12, 13, 81, 82, 91 a 93 del Código Procesal Penal de proveer defensor al imputado y de prevenirle su derecho de abstenerse de declarar, lo cual constituye un vicio absoluto, de conformidad con el artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal. Por tal razón, procede decretar la ineficacia del acta de decomiso No. 217955 (f. 7), y de la prueba material incautada por provenir de un procedimiento viciado. Invalidada la evidencia mencionada se observa que como prueba de cargo sólo queda el dicho del ofendido Luis Cedeño Cavallini, quien solamente ve al imputado cerca de su vivienda, sin siquiera poder identificar los bienes que portaba, lo cual resulta insuficiente para sostener un juicio de certeza sobre la responsabilidad del encartado, ni se observan otros elementos de juicio para tal fin, carece de sentido ordenar un reenvío en la causa, por lo que en aplicación del principio in dubio pro reo, lo propio es absolver de toda pena y responsabilidad al encartado Hamlet Ávila Marín por el delito de hurto simple, acusado en perjuicio de Luis Cedeño Cavallini.

(S 817-05 de las 10:15 hrs. del 25-08-05 del TCP).

3.5 EXCEPCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Derivado de los principios de libertad y presunción de inocencia, se erige el principio de excepcionalidad de las medidas cautelares. Estas medidas, denominadas también por la doctrina como medidas de coerción, no persiguen un fin en sí mismas, sino que atienden a fines puramente procesales, por lo que no pueden tener el carácter de penas anticipadas. Lo que se pretende con estas, en términos generales, es que el sujeto que está siendo investigado por la comisión de un delito no se sustraiga de la acción de la justicia ni de la ejecución de la sentencia, así como tampoco las obstaculice. Igualmente, en relación con los bienes que podrían ser objeto del comiso o que podrían responder por los daños y perjuicios de carácter civil, se establecen medidas cautelares denominadas de “carácter real”, como el embargo de bienes.

Las medidas cautelares solo pueden mantenerse mientras persista la necesidad o riesgo procesal que las originó. Como toda restricción a un derecho fundamental,

deben estar establecidas por ley y solo pueden aplicarse excepcionalmente, previo un juicio de proporcionalidad en sentido amplio, donde se valoren la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, en relación con la pena o medida que se pretende imponer (artículo 10 del CPP).

Asimismo, decretarse una medida cautelar solo en los casos donde se estime indispensable y, además, si se opta por imponer alguna, debe imponerse la que resulte menos gravosa para la libertad del imputado en la medida en que sea razonable para neutralizar el peligro procesal (artículo 244 del CPP). Lo anterior se dispone en virtud del principio pro libertate, según el cual debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite (artículo 2 del CPP).

Las medidas cautelares de carácter personal, por regla general, se establecen respecto del imputado. No obstante, el Código Procesal Penal prevé algunos supuestos donde se pueden imponer a terceros, por ejemplo, en el caso de la aprehensión y detención de testigos. Al respecto señala el artículo 210 del CPP que el tribunal podrá ordenar la aprehensión de un testigo, cuando haya temor fundado de que se oculte o se fugue, medida que durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro horas.

También se faculta al Ministerio Público para que ordene la aprehensión del testigo; pero por el plazo máximo de seis horas para gestionar la orden judicial. El artículo 237 refiere que el Ministerio Público puede ordenar que una persona sea detenida, cuando en el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y se modifique el estado de las cosas y lugares, así como en el supuesto de que se necesite la concurrencia de cualquier persona para la investigación del delito, en cuyo caso, la detención no podrá exceder de seis horas, realizando una interpretación sistemática en relación con el numeral 210 mencionado.

El sujeto que normalmente está autorizado para imponer una medida cautelar es el tribunal, así en el caso de la prisión preventiva (artículo 238 del CPP) o del embargo (artículo 263 del CPP). No obstante, en algunos casos están autorizados otros sujetos intervinientes, como el Ministerio Público en el supuesto de la detención (artículo 237 del CPP) o la Policía, cuando realiza la aprehensión de

personas (artículo 235 del CPP). Incluso, el artículo 235 párrafo segundo, refiere que, en caso de flagrancia, cualquier persona puede practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias.

En cuanto a las medidas cautelares de carácter personal que limitan la libertad, conforme se señaló en la primera parte de este manual, encuentran fundamento tanto en los instrumentos de derecho internacional referidos⁷⁹, como en el artículo 37 de la Constitución Política que señala que nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de un reo prófugo o delincuente en flagrancia, quien debe ser puesto a la orden de un juez dentro del término de veinticuatro horas.

79 *"Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". (Declaración Universal de Derechos Humanos).*

"Artículo 25. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad."

(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)

"Artículo 7.

1. Toda persona tiene el derecho a la libertad y seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

(Convención Americana sobre Derechos Humanos)

"Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación". (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El artículo 236 del CPP define que habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

Al momento de su detención, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 82 del CPP, se debe poner al imputado en conocimiento de sus derechos, los cuales son, entre otros: conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordenó, así como que se le ponga en conocimiento de la orden de detención; tener una comunicación inmediata y efectiva con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que desee comunicar su captura; ser asistido por un defensor de su elección o en su defecto por un defensor público; presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan; abstenerse de declarar, no ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad; no se utilicen en su contra medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, el tribunal o del Ministerio Público estime ordenar.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido constante en el sentido de señalar el carácter excepcional de la restricción de la libertad, en virtud de que se trata de un derecho fundamental, inseparable de la dignidad de la persona humana, y requisito necesario para el ejercicio de las demás libertades y derechos. Se admite su restricción únicamente en los supuestos de hecho determinados en la ley y en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrancia o reo prófugo), durante los plazos previstos por las normas constitucionales y las leyes. De lo contrario, se trata de una detención arbitraria. (S 14917-05 de las 12:32 hrs. del 28-10-05 de la SC).

3.5.1 APREHENSIÓN

Constituye una privación de libertad del imputado de corta duración que se efectúa sin orden judicial, por parte de la Policía o, en algunos casos, por un particular (en caso de flagrancia para impedir que el hecho produzca mayores consecuencias). Se encuentra prevista en el artículo 235 del CPP; puede practicarse en los casos en que la persona haya sido sorprendida en flagrancia, ya sea tratándose de delito o contravención, o bien, sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o

cometerlo. Asimismo, procede en los casos en que el imputado se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención, y cuando existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que proceda la prisión preventiva.

La autoridad policial se encuentra en la obligación de poner al aprehendido a la orden del Ministerio Público con la mayor brevedad, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, para que este determine si corresponde solicitar la aplicación de la prisión preventiva. El plazo de veinticuatro horas cuenta a partir de la aprehensión y hasta el momento en que se pone a la persona a la orden del juez, existiendo la obligación de actuar con diligencia y prontitud, pues se trata de un plazo a favor del detenido y no de la autoridad⁸⁰. Si se trata de un delito de instancia privada, deberá informarse a quien pueda instar y, si no se presenta la denuncia en el mismo acto, deberá dejarse al detenido en libertad.

Dado que la Constitución Política solo prevé la posibilidad de detención en los casos de indicios comprobados de haber cometido “delito”, la Sala Constitucional ha resuelto que en los casos de contravención, la Policía está facultada para detener a las personas únicamente por el tiempo estrictamente necesario para confeccionar el parte policial⁸¹.

Para proceder a la aprehensión, en el caso de delitos graves, el código faculta el allanamiento sin orden, cuando el imputado que es perseguido se introduzca en un local (artículo 197 inciso c) del CPP).

En el supuesto de la aprehensión por la existencia de indicios comprobados de la participación en un hecho punible donde proceda la prisión preventiva, se requiere que la Policía tenga un respaldo probatorio de su actuación que haga probable la participación del imputado en los hechos, no bastando para ello la sola denuncia del ofendido:

80 En ese sentido, se ha señalado: “[...]este precepto constitucional [artículo 37 de la Constitución Política] califica el término de “perentorio”, con lo cual resulta decisivo, determinante, urgente y apremiante. El plazo no puede ser interpretado y aplicado por las autoridades del Ministerio Público y de los cuerpos policiales como un máximo que les legitima para mantener detenida una persona hasta su expiración. Se trata, en esencia, de un parámetro temporal que, en la medida de lo posible, debe ser reducido a su mínima expresión, evitando su agotamiento o transcurso total innecesarios”. (S 6418-05 de las 17: 40 hrs. del 31-05-05 de la SC).

81 S 5946-94 de las 14: 54 hrs. del 11-10-94 y 5914-97 de las 17: 39 hrs. del 23-09-97 de la SC.

[...] la detención como medida cautelar exige la existencia de un indicio comprobado, entendido como la existencia real de una información objetiva capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva (ver sentencia 3887-94). Es decir, la autoridad policial debe haber recogido elementos probatorios suficientes para considerar que quien ha de ser aprehendido puede ser responsable del hecho que se investiga y no basta la simple imputación formulada en la denuncia. La exigencia de un indicio comprobado de culpabilidad requiere el desarrollo de una actividad de investigación mínima que permita verificar el indicio inicial contra el acusado, sobre todo cuando el indicio es únicamente una denuncia planteada por el supuesto ofendido. Al respecto, la sentencia número 3887-94 de las quince horas tres minutos del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro indica: “La jurisprudencia de esta Sala, que como se sabe es vinculante erga omnes, ha indicado en relación con el “indicio comprobado” lo siguiente: “La denuncia es una declaración de conocimiento y, en su caso de voluntad, por la que se transmite a un órgano judicial, Ministerio Público o autoridad con funciones de policía judicial o administrativa, la noticia de un hecho punible constitutivo de delito, que excita o que impone al aparato estatal, la obligación de iniciar la investigación [...] ya que la denuncia no es “un indicio legalmente comprobado de haber cometido delito” que amerite la detención de una persona hasta por veinticuatro horas” (Sentencia No. 765-90 de las 14:35 horas del 6 de julio de 1990) [...] “La actividad desplegada por las autoridades de la Guardia de Asistencia Rural en el presente caso no es legítima, pues detuvieron, aunque sólo por algunas horas al recurrente, sin tenerse indicios suficientes para atribuirle ser autor de un hecho delictivo, como lo exige el artículo 37 de la Constitución Política. En forma reiterada esta Sala ha señalado que las autoridades policiales no pueden detener a ninguna persona para investigarla y buscar de esa forma pruebas para relacionarla con un hecho delictivo. La simple denuncia no puede ser tenida como indicio suficiente a los términos del citado artículo 37 de la Carta Magna. Si el recurrido y su subalterno tenían que investigar el hecho delictivo que les denunció la señora [...], debieron hacerlo sin lesionar el derecho a la libertad que tiene el recurrente [...]” (Sentencia No. 1177-91 de las 10:32 horas del 21 de junio de 1991)” (En igual sentido, ver sentencias 0083-94 y 540-95).

(S 2128-99 de las 16:18 hrs. del 23-03-99 de la SC).

Como motivo legítimo de aprehensión, la jurisprudencia constitucional ha considerado la existencia de una investigación (S 5855-05 de las 15:34 hrs. del 17-05-05 de la SC). Asimismo, se ha indicado:

[...] esta Sala en reiteradas ocasiones ha dicho que las autoridades administrativas bien pueden conducir a una persona a la Detención General con el fin de establecer su identidad, verificar si existe orden de captura en su contra, formular, en su caso, el parte respectivo, o comprobar su situación migratoria. Y en tanto dicha detención no se prolongue más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir la diligencia –lo que no sucedió en este caso, pues de conformidad con el informe rendido bajo juramento el recurrente sólo estuvo detenido por espacio de cuarenta y cinco minutos- no es ilegítima. Estima la Sala entonces que la actuación de la autoridad recurrida no fue arbitraria, puesto que lo que se hizo fue confeccionar el parte respectivo en razón de la actuación del recurrente contra los citados Oficiales y remitirlo a la autoridad jurisdiccional competente, de forma que no se constata la vulneración a ningún derecho fundamental del amparado. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso, como en efecto se hace.

(11333-06 de las 9:37 hrs. del 4-08-06 de la SC).

Se ha resuelto que no procede la aprehensión de personas con base en el aspecto físico o actitud sospechosa (17821-05 de las 12:51 hrs. del 23-12-05 de la SC).

Resulta de interés rescatar un pronunciamiento de la Sala Tercera de la Corte, donde se indica que el hecho de que se haya dado una aprehensión o detención ilegal no afecta la determinación de la culpabilidad en el proceso, porque se trata de medidas de carácter eminentemente procesal:

La aprehensión de la cual fue objeto su defendida el día 7 de enero de 2001, e incluso el hecho de que hipotéticamente haya estado detenida ilegítimamente más del plazo de 24 horas, que como límite de tiempo máximo dispone la Constitución Política –en su artículo 37– para que dentro del mismo se ponga a una persona detenida a disposición de la autoridad judicial competente, en nada incide en lo resuelto por el

Tribunal en la sentencia que se impugna. Dicha detención está referida a otros aspectos que nada tienen que ver con la recabación de la evidencia, ni con la posterior valoración que se hizo de la misma, para determinar en el caso concreto, la responsabilidad penal de la imputada. La privación de libertad –aún fuera del plazo de 24 horas indicado– es un acto judicial independiente de la recabación y posterior valoración probatoria, por consiguiente, la eventual ilegitimidad de la privación de libertad –por sí misma– no afecta la validez de las evidencias que se recaben. Lo relativo a la privación de libertad y sus formas, ya sea esta por medio de la aprehensión, la detención o la prisión preventiva, tiene razones de imposición –y regulaciones– con fines estrictamente procesales, mismos que no atañen a la culpabilidad que el Tribunal determina en la sentencia con base en la valoración de los hechos y las pruebas legalmente incorporadas, lo cual se verifica aquí, se cumplió cabalmente por el Tribunal, de manera tal que, en caso de existir alguna lesión a la libertad de la imputada la misma ley procesal y el Hábeas Corpus ofrecen los remedios procesales suficientes para velar por su legitimidad, mismos a los que tuvo acceso la imputada en su oportunidad.

(S 968-03 de las 12: 30 hrs. del 24-10-03 de la STC).

3.5.2 DETENCIÓN

La detención está regulada en el artículo 237 del CPP. Puede ser ordenada por el Ministerio Público en los casos cuando sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener razonablemente que es autor de un delito o participe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar. Asimismo, la puede ordenar en el primer momento de la investigación cuando sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y se modifique el estado de las cosas y lugares. Además, cuando para la investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona. Está sujeta también al plazo de veinticuatro horas que establece el artículo 37 de la Constitución Política, y si se requiere de más tiempo, el fiscal debe solicitarse la aplicación de la prisión preventiva al tribunal, o bien, de cualquier otra medida cautelar.

La autoridad que realice la detención está obligada a informarle al imputado al momento de su captura, el motivo por el cual se le está privando de su libertad (S 2648-01 de las 14:48 hrs. del 4-4-01 de la SC).

La Sala Constitucional ha resuelto que no existe justificación alguna para superar el plazo máximo de 24 horas que dispone la Constitución (S 9655-05 de las 9:05 hrs. del 22-07-05; 7010-02 de las 14:33 hrs. del 16-07-02; 6907-99; 9112-98; 10707-02; 7010-02; 3841-03; 4128-03; 12767-06 de la SC). No obstante, en determinados casos ha establecido que la superación del plazo de 24 horas no resulta inconstitucional, por ejemplo, cuando la defensa haya solicitado prórroga (S 14885-06 de las 14:31 hrs. del 10-10-06 de la SC)⁸².

El artículo 91 del CPP establece que si el imputado ha sido aprehendido, se le deberá recibir la declaración inmediatamente o, a más tardar, en el plazo de veinticuatro horas contadas desde su aprehensión, y el plazo se prorrogará por otro tanto, cuando sea necesario para que comparezca el defensor de su confianza.

También ha resuelto “[...] *que una vez puesto a disposición del juez, éste tiene, a su vez, 24 hrs. para resolver su situación jurídica [...]*” (S. 10281-02 de las 11:41 hrs. del 25-10-02 de la SC).

Asimismo, como requisitos para ordenar la detención, la Sala Constitucional ha establecido reiteradamente:

[...] El artículo 37 de la Constitución Política establece tres garantías en relación con la detención de las personas: a) sólo se puede detener a una persona cuando contra ella exista, al menos, un indicio comprobado de que ha participado en la comisión de un hecho que constituya delito; b) que la orden sea dada por escrito por un juez o autoridad encargada del orden público, a menos de que se trate de un delincuente prófugo o detenido en flagrancia y c) que dentro de las veinticuatro horas, contadas a partir de la detención, se le ponga a la orden de Juez competente⁸³.

82 S 13016-06, 12004-06, 13090-05, 5973-05, 5596-05, 5604-05, 11311-04, 11389-04, 6712-04, 12921-03, todos de la SC).

83 En el mismo sentido, 10321-05, 9334-05, 5254-05, 3899-05, 14646-04, 13950-04, 12384-04, 11542-04, 8790-04, 6225-04, 3779-04, 3841-03 y 8680-02 de la misma sala.

3.5.3 PRISIÓN PREVENTIVA

A) Naturaleza. La prisión preventiva es una medida de carácter excepcional que solo podrá ser acordada mediante resolución judicial fundamentada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se encuentra regulada en los artículos 238 a 244 y 253 a 260 del CPP. Solo puede imponerse en los casos en que el delito atribuido se encuentre reprimido con pena privativa de libertad y deberá ser proporcionada a la pena que pueda llegar a imponerse en el caso concreto. Procede en los supuestos donde existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él y además concurra una presunción razonable de que no se someterá al procedimiento (peligro de fuga), obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) o continuará la actividad delictiva. Como límite para su imposición, se encuentra el principio de proporcionalidad que debe aplicarse en cada caso.

En este sentido, la Sala Constitucional ha resuelto reiteradamente que: [...] *los requisitos materiales de la prisión preventiva son la sospecha suficiente de participación en un hecho delictivo, la existencia de peligrosidad procesal (peligro de fuga, u obstaculización), y el respeto al principio de proporcionalidad.*

(S 22-03 de las 9:21 hrs. del 06-01-03 de la SC. De igual modo, 2117-03 de las 8:56 hrs. del 14-03-03 y 12663-06 de las 18:15 hrs. del 30-08-06 de la SC. En el mismo sentido, las sentencias 987-05 de las 16: 01 hrs. del 3-10-05; 923-05 de las 8:57 hrs. del 22-09-05; 891-05 de las 10: 20 hrs. del 12-09-05 del TCP).

Ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional que la prisión es un instituto de naturaleza eminentemente procesal que se caracteriza por constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal de los hechos en que aún no se ha resuelto en definitiva su situación jurídica. En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente que exijan la adopción de esa medida, y para la apreciación de las mismas es ineludible que el juzgador deba tomar en cuenta las pruebas existentes, la naturaleza de los hechos atribuidos, así como el comportamiento del acusado, sin que exista en ello lesión al principio de inocencia.

De esta manera, el hecho de que goce de un estado de inocencia hasta tanto no sea declarado culpable por una sentencia firme, no significa que si durante la tramitación del proceso se evidencia la necesidad de restringir su libertad con base en la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, esta medida no debe adoptarse, porque ello significa relegar en forma injustificada al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la averiguación de la verdad de los hechos y el de sujeción del acusado a los procedimientos, buscando con ello asegurar la aplicación de la ley penal.

Además, sostiene que es obvio que no se puede exigir al juzgador ab initio una certeza positiva sobre la culpabilidad del imputado para permitirle imponer a modo de cautela restricciones a su libertad personal. Eso sí, el ámbito en que se maneja la probabilidad de la responsabilidad penal del encartado exige referirse al menos a los indicios o circunstancias que le hacen suponer tal culpabilidad y a aquellos que lo hacen presumir que la libertad del imputado se contrapone a los fines del proceso (S. 12663-06 de las 18:15 hrs. del 30-08-06 de la SC).

B) Fundamentación

Se requiere de una adecuada fundamentación acerca de la existencia de los requisitos materiales para que proceda la prisión preventiva. No se trata de repetir los presupuestos legales que autorizan la medida, sino de darles contenido, a fin de que el interesado pueda ejercer su derecho de defensa e impugnar la decisión ante el superior:

[...] lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso

concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad.

(S 5396-95 de las 15:45 hrs. del 3 de octubre de 1995. En el mismo sentido, S. 14917-05 de las 12:32 hrs. del 28-10-05; S 13064-03 de las 10:33 hrs. del 7-11-03; 10379-04 de las 14:32 hrs. del 22-09-04; 1184-05 de las 14:35 hrs. del 09-02-05; 9434-05 de las 9:20 hrs. del 15-07-05; 16147-05 de las 8:39 hrs. del 25-11-05; 369-98 de las 9:12 hrs. del 23-01-98; 12989-04 de las 8:37 hrs. del 19-11-04; 9062-03 de las 14:36 hrs. del 27-08-03; 5226-06 de las 14:42 hrs. del 18-04-06, todas de la SC).

La fundamentación de la resolución que acuerda la medida cautelar no solo le corresponde al juez a quo, sino además, en el caso de que se formule una apelación, al juez de segunda instancia, quien se encuentra obligado también a justificar sus razones (S 2216-05 de las 15:11 hrs. del 1-03-05 de la SC).

C) El Ministerio Público o el querellante debe plantear la solicitud

El órgano que debe solicitar la aplicación de la prisión preventiva es el Ministerio Público —o el querellante— en virtud del principio acusatorio y considerando que la investigación preparatoria está a su cargo.

La Sala Constitucional, en voto de mayoría, ha señalado que el juez no puede dictar de oficio la prórroga de la prisión preventiva, porque esto vulnera el principio

de imparcialidad del juzgador. (Sentencia 2550-05 de las 15:30 hrs. del 8-03-05 de la Sala Constitucional. En el mismo sentido, la sentencia 3568-05).

No obstante, este criterio fue modificado en otras sentencias donde se señala que en los casos donde se haya dispuesto la apertura a juicio,

[...] aún sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia, puede disponer la prisión preventiva del encausado si se hallare en libertad y desde luego mantener esa medida precautoria si no estuviere en libertad, según se dispone expresamente en los artículos 254 y 329 del Código Procesal Penal.

(Sentencias 2992-05 de las 14:38 hrs. del 16-03-05; 14902-05 de las 12:17 hrs. del 28-10-05; 2031-06 de las 12: 06 hrs. del 17-02-06 y 7791-06 de las 17:01 hrs. del 30-05-06, todas de la Sala Constitucional).

En cuanto a la competencia del juez para el dictado de la prisión preventiva, se resolvió que aunque se esté alegando en el proceso una incompetencia o aunque el juez estime que es incompetente para conocer de la causa, se encuentra en la obligación de resolver la situación jurídica del imputado en lo que se refiere a su libertad, aunque después de eso se declare incompetente y se envíe la causa a otra jurisdicción. (S 548-01 de las 14:45 hrs. del 23-01-01 de la SC).

D) Requisitos

El requisito de la sospecha de culpabilidad no es suficiente para imponer la prisión preventiva, debe sumarse a este cualquiera de los presupuestos de peligro procesal; pero de ningún modo puede interpretarse que deben darse todos los requisitos. Esa sospecha de culpabilidad debe ser fundada, por cuanto se exige un juicio de probabilidad donde se valoren los elementos probatorios que existen. La probabilidad debe darse respecto de la actuación del imputado en los hechos; no puede predicarse respecto de la existencia del ilícito, pues se parte de que sí se produjo un hecho típico, antijurídico y culpable.

i) Peligro de fuga

Para decidir si se da peligro de fuga, deben tomarse en cuenta especialmente, las circunstancias de arraigo en el país que se determinarán por el domicilio,

residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirán presunción de fuga. Otro elemento que se debe considerar es la pena que podría llegar a imponerse en el caso, la magnitud del daño causado y el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal (artículo 240 del CPP).

La Sala Constitucional ha resuelto que la alta penalidad, por sí misma, no constituye un indicio suficiente para presumir el peligro de fuga (S 1184-05 de las 14:35 hrs. del 09-02-05 de la SC; S 9434-05 de las 9: 20 hrs. del 15-07-05; 16147-05 de las 8:39 hrs. del 25-11-05; 13964-04 de las 11:31 hrs. del 3-12-04, todas de la SC).

No obstante, en otros casos se ha dispuesto que la gravedad de los hechos sí permite acreditar el peligro de fuga (S 169-01 de las 14:41 hrs. del 09-01-01 de la SC).

En otra resolución relacionada con una causa seguida por homicidio, se señaló que *El hecho de tener domicilio fijo y trabajo no desvirtúan por sí solos el peligro de fuga* (S 17572-05 de las 19:57 hrs. del 20-12-05). De manera que aunque existan estos elementos, podría arribarse a la presunción del peligro de fuga con base en la valoración de otros aspectos. De igual modo, lo señaló el Tribunal de Casación Penal al acordar una prórroga de la prisión preventiva:

La defensa lo que alega, en resumen, es que el imputado J.A.M.M. tiene arraigo en nuestro país, porque, según lo comprobado por el juez de la etapa intermedia, cuenta con lazos familiares, domicilio fijo y posibilidades de trabajo (ejerciendo su profesión de abogado). Sin embargo, también este reparo debe rechazarse, pues, sin entrar en polémica sobre la existencia o no de los peligros de obstaculización y reiteración delictiva, lo cierto es que la presencia del peligro de fuga resulta en este caso incuestionable y ello es suficiente, junto a la probabilidad de comisión de los hechos y la alta pena de prisión eventualmente aplicable, para justificar la prórroga de la medida cautelar. En realidad, esta cámara no duda de que el imputado cuente efectivamente con las condiciones que se aducen en su solicitud (familia, domicilio y posibilidad de trabajo profesional) y por ello

básicamente se rechazó la prueba testimonial ofrecida para acreditar esos extremos. Sin embargo, también estima que esas circunstancias son absolutamente insuficientes para considerar que, por su sola existencia, el imputado se va a someter a la Administración de Justicia. Ello es así porque, como lo hizo ver la representante del Ministerio Público en la audiencia oral y se desprende del escrito de folios 935 a 948, las condiciones a que alude la defensa ya existían –todas y cada una– en noviembre de 1999, cuando el imputado de marras abandonó furtivamente el país, refugiándose en Canadá. En efecto, en ese momento el justiciable contaba con su núcleo familiar, su casa de habitación y su condición de abogado, nada de lo cual resultó ser un medio de contención para evitar que se sustrajera a la acción de las autoridades nacionales, que aún cuando habían autorizado su libertad, le habían impuesto –entre otras restricciones– la prohibición de salir del país.

(S 731-05 de las 11:05 hrs. del 03-08-05 del TCP).

En una sentencia se argumentó que el hecho de no tener trabajo ni domicilio acredita el peligro de fuga y los antecedentes penales, la reiteración delictiva, aspectos que sumados se consideraron suficientes para fundamentar la prisión (S 2469-00 de las 16:18 hrs. del 21-03-00 de la SC).

También se ha afirmado que [...] *el estado civil, en este caso, el ser soltero, aunado a que las labores que realiza, el ser chofer; son condiciones que por sí mismas no respaldan el dictado de una prisión preventiva.* (S 468-06 de las 8:39 hrs. del 27-01-06 de la SC).

Como puede notarse, no existen reglas generales para fundamentar la existencia del peligro de fuga; dependerá del caso concreto, el tipo de delito, la gravedad de la conducta, el tipo de víctima, la forma de realización, la conducta del imputado, etc.

Cuando se pretenda solicitar la prisión preventiva, lo importante es que se justifique con hechos concretos el peligro procesal, así como que se aporten elementos probatorios suficientes para que pueda sostenerse razonablemente la responsabilidad penal del imputado. Es preferible que el peligro procesal se funde en varios motivos o circunstancias que aunados logren acreditarlo y no en un solo aspecto que, la mayoría de las veces, resulta insuficiente.

El artículo 364, párrafo 3) refiere que en el acto de lectura de la sentencia, el tribunal podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que el imputado no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia. Sobre el particular, se ha señalado que si bien con el dictado de la sentencia, mientras no esté firme, no se desvirtúa el estado de inocencia del imputado, lo cierto es que sí se modifica la situación procesal del imputado, justificando que se le apliquen medidas cautelares que garanticen su apego al proceso en la fase de impugnación. Así, se indicó en la sentencia 1503-97 de las 9:18 hrs. del 14-03-97:

Esta Sala ya ha aceptado en múltiples ocasiones que el hecho de una condenatoria –máxime si lo es a varios años de prisión–, puede constituir base suficiente para revocar una excarcelación concedida o acordar una prisión no dispuesta en la instrucción, pues esa circunstancia hace variar el estado en que se encontraba el sometido a juicio antes de que se diera y en algunos casos ser la causa de una evasión a la acción de la justicia. No es propiamente que el estado de inocencia que goza el encausado mientras una sentencia firme no disponga lo contrario, decaiga, es que la situación del acusado frente al proceso cambia y ese cambio puede alterar la relación de aquél con los fines del proceso y en consecuencia motivar se disponga la restricción a la libertad, para proteger esos fines, fines que también tienen raigambre constitucional.

(En el mismo sentido, las sentencias S 2002-05 de las 11:50 hrs. del 25-02-05; 5012-06 de las 10:37 hrs. del 7-04-06 de la SC).

ii) Peligro de obstaculización

Para fundamentar el peligro de obstaculización, el tribunal deberá tomarse en cuenta especialmente la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos (artículo 241 del CPP).

Afirma Javier Llobet que el peligro de obstaculización debe ser deducido de las circunstancias del caso concreto; deben analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, debiendo considerarse el

interés y facilidades que tenga de realizar actos de obstaculización. Indica que la índole del delito investigado resulta importante; por ejemplo, si se trata de estafas, falsificación de documentos, fondos públicos. Sin embargo, no puede conducir a un dictado automático de la prisión preventiva. Asimismo, otros elementos por considerar son la conducción de vida del imputado y si ha actuado con amenazas, falsedad o violencia⁸⁴.

La causal de peligro de obstaculización no tiene sentido cuando los medios de prueba ya se hubieran recabado; cuando la prueba incriminatoria que se podía falsear, ya lo ha sido o cuando se haya realizado el juicio oral y público.

Se ha estimado que la vulnerabilidad de la víctima, aunado a otros peligros procesales, puede justificar el dictado de la prisión preventiva (S 15857-05 de las 15:43 hrs. del 22-11-05 de la SC); así como el peligro para la integridad física de la víctima (S 16465-05 de las 19:16 hrs. del 29-11-05).

El hecho de que se trate de una organización delictiva con medios económicos para trasladarse a cualquier lugar dentro o fuera del país, se ha aceptado como una circunstancia por considerar para imponer la prisión preventiva, sobre todo tratándose de redes dedicadas al narcotráfico (S. 1564-00 de las 9:36 hrs. del 18-02-00; 3936-06 de las 12:28 hrs. del 24-03-06; 10094-06 de las 14:52 hrs. del 12-07-06). En cuanto a los delitos de narcotráfico, se ha indicado que es aceptable que se actúe con una mayor rigurosidad, en razón del bien jurídico tutelado por el delito que atañe al interés y la salud pública. Así, se resolvió:

La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima, obviamente, la decisión de los tribunales de mantener en prisión –y denegar la excarcelación– de cualquier imputado, cuando medien razones procesales objetivas, con el fin de facilitar la averiguación de los hechos y establecer las responsabilidades correspondientes. Todo esto, dentro del equilibrio que debe existir entre el derecho a la libertad y el estado de inocencia que perdura durante el proceso, por una parte, y la necesidad social de que se haga justicia por la otra. Dentro de esa perspectiva, la detención en flagrancia, la instrucción inconclusa

84 Llobet, Javier, óp. cit., pp. 502-503.

(puesto que se investiga el paradero del resto de la droga que se suponía involucrada en la negociación abortada) y la proximidad del debate, en que fundamenta la autoridad judicial recurrida su decisión, son causas que reiteradamente esta Sala ha admitido como legítimas para mantener en prisión al imputado y así corresponde hacerlo en este caso. No puede dejar de indicarse, a este propósito, que la experiencia judicial, y particularmente de la justicia constitucional, hace necesario tener presente que la delincuencia de narcotráfico es especial y que también especiales son los autores y sus métodos de trabajo. Incluso, no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización (u organizaciones) que generalmente los respalda, hacen que puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia.

(S. 9011-06 de las 14:45 hrs. del 27-06-06 de la SC).

iii) Peligro de reiteración

En lo que atañe al peligro de reiteración o continuación de la actividad delictiva, constituye una causal que ha sido fuertemente criticada por la doctrina, en virtud de que parte de un derecho de peligrosidad y no atiende a fines procesales, sino de prevención especial, ya que la prevención especial es un fin de la pena y no de las medidas cautelares. Esto implica una vulneración al principio de inocencia.

Así ha sido aceptado por la Sala Constitucional, al referirse a la norma del anterior Código de Procedimientos Penales (298 inciso 3) que indicaba que no procedía la excarcelación, cuando existían indicios graves en los antecedentes del imputado o en otros elementos de convicción de que continuaría la actividad delictiva:

La alegada inconstitucionalidad del inciso 30 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, no puede ser resuelta, sin tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 37 y 41 de la Constitución Política en los que se protege la administración de justicia y se permite la detención de los que perturban la normal convivencia, al cometer acciones delictivas. Dentro del marco constitucional se garantiza que ocurriendo a las leyes todos deben encontrar reparación por los perjuicios que se les han inferido y se permite restringir la libertad de las personas, por existir en su contra un indicio comprobado

que le sindicaba como autor de un hecho delictivo. La administración de justicia en materia penal y la prisión preventiva, entratándose de delitos, encuentra así autorización constitucional. Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se encuentre regulada por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos, de donde el señalado inciso 3) del artículo 298 en comentario, tampoco resulta inconstitucional, ni lesiona el marco convencional señalado por la recurrente. No obstante lo anterior, es dable indicar que los antecedentes del imputado –en los que no sólo se incluye su reiteración en la comisión de acciones constitutivas de delito–, sólo podrán ser tomados en consideración, para negar la excarcelación, cuando de ellos se infiera objetivamente –debe el juzgador señalar en cada caso, las circunstancias que le permitan llegar a esa conclusión– que el encausado, al lograr su libertad, continuará su actividad delictiva.

(S 1438-92 de las 15:00 hrs. del 02-06-92 de la SC. En igual sentido, se pronunció en la sentencia 53-08 de las 14:44 hrs. del 9-01-08).

Conforme se aprecia, la sentencia de la sala se basó en criterios propios de los fines de la pena y del derecho penal, dejando de lado la justificación de considerar esa circunstancia para imponer una medida cautelar que atiende a fines estrictamente procesales. Resulta difícil prever si la persona va a continuar con su actividad delictiva. No obstante, indicios de ello se han visto en la existencia de antecedentes delictivos, así como en el tipo de delito que se atribuye, en cuanto a si se trata de un *modus vivendi* o de un hecho aislado.

En cuanto a la proporcionalidad, la prisión preventiva debe imponerse antes de un juicio donde se determinen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Debe establecerse si la medida es apta para conseguir el fin procesal que se pretende; si es absolutamente necesaria, por tratarse de una medida de carácter excepcional y si el plazo por el que se solicita es proporcional a la pena

que eventualmente podría imponerse. Además, deben considerarse los supuestos previstos en el artículo 260 del CPP⁸⁵, y debe examinarse si podría aplicarse alguna de las medidas cautelares alternativas establecidas en el artículo 244.

E) Revisión de la prisión preventiva

El artículo 253 del CPP refiere:

Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva, su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó.

Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio⁸⁶, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.

85 *“Artículo 260.- Limitaciones. No se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias, si el tribunal estima que, en caso de condena, no se les impondrá pena mayor a cinco años de prisión. Tampoco se decretará en relación con personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. En estos casos, si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arresto domiciliario o la ubicación en un centro médico o geriátrico. Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo”.*

86 Al respecto pueden consultarse las sentencias 7428-04 y 519-98 de la SC.

La Sala Constitucional mediante sentencia 13079-03 de las 10:48 hrs. del 07-11-03 se pronunció en el sentido de que dicha norma aunque establezca que no procede la revisión de la prisión durante los primeros tres meses, no es inconstitucional, por cuanto se entiende que esto es así, en tanto no hayan variado las circunstancias por las que se decretó la medida. De manera que no puede interpretarse en el sentido de que es absolutamente improcedente realizar una revisión de la prisión preventiva, ya sea de oficio o a petición de parte, durante los primeros tres meses, dado que si han variado las circunstancias, existe la obligación de revisar su fundamento. De hecho, el mismo artículo 257, inciso a) del CPP refiere que la prisión preventiva finalizará cuando elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente sus sustitución por otra medida, aún antes de que transcurran tres meses de haberse decretado. Consecuentemente, se ha resuelto:

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 253 en relación con el 254 del nuevo Código Procesal Penal, por principio general, no procede la revisión de la prisión preventiva del acusado antes de que hayan transcurrido tres meses desde que se acordó. En el caso sub examine, y según se desprende del mismo memorial de interposición, no ha transcurrido dicho plazo, por lo que resulta evidente la improcedencia de su revisión. Ahora bien, esta Sala en reiteradas oportunidades ha dicho que esa disposición no es una norma rígida, sino que debe aplicarse siempre que las circunstancias no hayan variado, en cuyo caso el juez está facultado para revocar la prisión preventiva aún antes del plazo de tres meses desde que se acordó. Esta revisión la puede realizar el juez de oficio o a petición de parte; no obstante, si el interesado o su defensor presentan una solicitud de sustitución de medidas cautelares antes de haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 253, el juez bien puede rechazar la gestión ad portas si estima que las circunstancias no han variado y, por ende, debe mantenerse la privación de libertad del acusado. Con ello en modo alguno se lesiona el debido proceso o el derecho de defensa, pues se trata de la procedencia o no de la libertad del encartado en atención a los fines del proceso, lo que, de ninguna manera, prejuzga sobre su responsabilidad penal o limita su defensa en relación con la acusación y los hechos que se le atribuyen. Al defensor no se le está impidiendo presentar la solicitud de sustitución de la medida cautelar, pero ésta resulta improcedente si se presenta antes del vencimiento del

plazo de tres meses posteriores a la fijación de la prisión preventiva del indiciado, siempre que las circunstancias que la motivaron permanezcan, procediendo por ello su rechazo. Así las cosas, al no encontrarse arbitrariedad o ilegalidad alguna en el rechazo de la solicitud de cambio de medida presentada por el recurrente a favor de su defendido, el reclamo que se conoce resulta inadmisibile y así debe declararse. (ver en igual sentido sentencia número 2003-00289 de las quince horas dos minutos del veintiuno de enero del dos mil tres).

(S 2864-06 de las 14:33 hrs. del 01-03-06 de la SC).

No obstante, se ha reconocido que si no han variado las circunstancias, el juez puede rechazar la gestión de la defensa sin mayor motivación; lo cierto es que si esta hubiera ofrecido prueba para acreditar la variación de esas circunstancias, el juzgador está en la obligación de valorarla:

Analizada la resolución de las once horas quince minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos que se impugna, la Sala estima que lleva razón el recurrente. Si bien es cierto la Sala ha indicado que cuando no hayan transcurrido los tres primeros meses del dictado de la prisión preventiva, el Juez no está obligado a volver a motivarla si considera que no han variado las circunstancias por las cuales la dictó, en el caso concreto, la Sala constata que el Juez no valoró el ofrecimiento de prueba del recurrente, por lo que no pudo haber tenido por demostrado que no hubiesen variado los presupuestos bajo los cuales decretó la prisión preventiva, lesionando de este modo el debido proceso. Por consiguiente, la gestión presentada no fue realmente resuelta, en perjuicio del ejercicio del derecho de defensa de la amparada. Así las cosas, la Sala estima procedente el recurso, por lo que procede anular la resolución impugnada por violación al debido proceso y ordenar al recurrido que se pronuncie sobre la gestión de la amparada.

(S 10323-02 de las 14:36 hrs. del 29-10-02 de la SC).

Para sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar, el imputado puede solicitar una audiencia oral (art. 242 del CPP). Así se dispuso en la sentencia 7250-03 de las 8:32 hrs. del 18-07-03.

F) Apelación de la prisión preventiva

El artículo 256 del CPP establece que durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, la resolución que rechace una medida sustitutiva, será apelable sin efecto suspensivo. Asimismo, son apelables, sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar o rechacen una medida sustitutiva cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que no se esté en los casos del párrafo primero.

Según ha resuelto la Sala Constitucional, esta norma no puede interpretarse en sentido restrictivo, sino que, integrándola con lo dispuesto en los artículos 2 y 437 del mismo código, se debe admitir el recurso de apelación en todos los supuestos en que se imponga una medida cautelar, pues si bien es cierto, la celeridad es uno de los objetivos que pretendió conseguirse a través de este código. Esto no puede significar que se soslayen principios y derechos fundamentales del imputado, como lo son el derecho a la libertad y el derecho de defensa:

El problema que trae a discusión el recurrente ya ha sido ya ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de la Sala Constitucional, entre los cuales puede destacarse el fallo N° 01751-2002 de las quince horas cincuenta y nueve minutos del diecinueve de febrero de dos mil dos. En esa ocasión, dijo este Tribunal: "La recurrente alega que la medida cautelar de prisión preventiva dictada en contra de su representado fue prorrogada de oficio en la misma resolución en la que se dictó el auto de elevación a juicio. Acusa que presentó recurso de apelación contra dicha resolución y el Tribunal de Juicio lo declaró inadmisibles argumentando que se ha establecido la procedencia del recurso de apelación en exclusivo contra la resolución que por primera vez decreta la prisión preventiva y contra las que rechacen una medida sustitutiva, de manera que no procede el recurso de apelación contra la resolución que impugna. [...] III.- En el caso concreto, las razones mediante las cuales el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José justifica la inadmisibilidad del recurso presentado por la recurrente en la resolución impugnada, son, en realidad, una interpretación literal del contenido del artículo 256 [...] en el sentido de que el artículo establece taxativamente las posibilidades que la defensa tiene para recurrir contra la medida cautelar, sea: a) la

primera resolución que dicta la prisión preventiva, por tanto no así las subsiguientes prórrogas a la misma; y, b) las resoluciones que denieguen una solicitud de medida cautelar después de que hayan transcurrido tres meses después del dictado de la medida cautelar, por tanto no así las resoluciones que, entre otras, prorroguen de oficio dicha medida, dentro de ese período. Considera esta Sala que el articulado de ésta o cualquier normativa no puede interpretarse de forma individual sin tenerse presente los principios bajo los cuales se dictó la misma, sino en conjunto, teniendo claro la finalidad de la misma como un todo. Es por eso que en el caso concreto, deben tomarse en cuenta los principios inspiradores del nuevo Código Procesal Penal. De un análisis integral del mismo, se encuentra que la relación de los numerales 2 y 437 del mismo cuerpo normativo con el artículo 256 en estudio, llevan a la conclusión de que la interpretación hecha por el tribunal recurrido no es posible. Los artículos citados establecen lo siguiente: 'ARTÍCULO 2.- Regla de interpretación. Deberán interpretarse **restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso**. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.' (El destacado no es parte del original). ARTÍCULO 437.- Resoluciones apelables. Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, **causen gravamen irreparable**, pongan fin a la acción o imposibiliten (sic) que esta continúe.' (El destacado no es parte del original). Considera esta Sala que en el caso en estudio, se está limitando por una parte el derecho de libertad del amparado y por otra, el derecho de la representación del mismo de poder defenderlo recurriendo las resoluciones que considere le perjudiquen. Aunado a ello, con la interpretación señalada, se le está causando un gravamen irreparable, ¿qué mayor gravamen que el de ver coartada su libertad por tres meses más? Si bien, este Tribunal no desconoce que una de las finalidades de la nueva normativa procesal era la celeridad de los procesos, al contraponer la misma contra la libertad de una persona, es claro que debe prevalecer la misma y que cualquier interpretación

que se haga debe ser restrictiva. Ello es tan claro que, siguiendo la tesis del tribunal recurrido y llevándola a un extremo, una persona podría llevar a guardar prisión hasta por un año (si es que no se declara la cuestión como de trámite complejo), sin posibilidad de que su defensa apele o impugne las respectivas resoluciones en donde se prorrogó la medida cautelar de prisión preventiva, lo cual no es posible aceptar como posible. En todo caso, aún teniendo en cuenta la tesis aportada por el tribunal recurrido en la resolución impugnada, dicha posición supone que, pasados los tres meses desde que se decreta por primera vez la prisión preventiva, son apelables aquellas resoluciones que denieguen una solicitud de cambio de medida cautelar y en el sub examine, la recurrente presentó una solicitud de cambio de medida cautelar el 15 de enero del 2002, es decir fuera de los tres meses siguientes a la fecha en que fue decretada la prisión preventiva por primera vez (18 de setiembre del 2001), solicitud que fue acogida por el juzgado como un recurso de apelación y remitido al tribunal recurrido, el cual declaró inadmisibile la misma. De modo que, aun apegándose a la interpretación literal realizada por el tribunal recurrido, la gestión no puede ser declarada inadmisibile, por evidente violación al derecho a la libertad del amparado, de donde el recurso debe estimarse y ordenarse al tribunal recurrido resolverla en el plazo señalado en la parte resolutive de esta sentencia. Aclara esta Sala que el anterior análisis, se hizo tomando como cierto que como señaló la autoridad recurrida –informe que se tiene dado bajo la fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, la resolución impugnada, ‘fue apelada por la Defensora del encartado dentro del término de ley y cumpliendo con los requisitos formales del recurso’, por lo que se parte de que ésta cumplió a cabalidad los requerimientos del 438 del Código Procesal Penal, no habiendo motivo ni razón para declarar la gestión presentada inadmisibile por extemporánea.” Por ende, no habiendo razón para variar de criterio, procede declarar con lugar el presente recurso, sin poner en libertad al amparado.

(S 6027-02 de las 15:15 hrs. del 18-06-02 de la SC).

En los supuestos donde se apela la aplicación de la prisión preventiva u otra medida cautelar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 441 del CPP, la parte

puede solicitar la realización de una vista oral para exponer sus alegaciones. Se ha resuelto que si bien es cierto, el tribunal no está obligado a realizar dicha audiencia, si la rechaza, debe hacerlo en forma fundada:

Acusa el recurrente que pese a haber solicitado la realización de una audiencia oral a fin de exponer una prueba testimonial de importancia, el Tribunal recurrido no se pronunció al respecto, sobre una situación similar esta Sala en la sentencia número 36-04 del 29 de enero de 2004, dispuso en lo conducente: [...] La interpretación constitucional sobre el numeral anterior [441 del CPP] lleva a sostener que la realización de la audiencia, se fija, no sólo para la recepción de prueba, sino además, como expresamente señala, cuando alguna parte la considera necesaria para exponer oralmente sus alegatos. El derecho del imputado de intervenir en el proceso, de traer al proceso toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de las partes contrarias, de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo y de hacerse oír por el juez, sólo podría ser rechazado por la autoridad jurisdiccional emitiendo una resolución debidamente razonada, que justifique y de fundamento a su decisión, caso contrario el juez estaría obviando su obligación de pronunciarse debidamente cuando se le solicita algún medio de prueba, ya sea considerándola impertinente o acogiéndola para su evacuación, pero siempre debe razonar su decisión. En el caso bajo estudio, el recurrente solicitó la realización de dicha audiencia a fin de presentar una prueba testimonial que estimó de alta importancia. Esto obligaba al Tribunal, al menos, justificar la negativa de celebrar el acto pedido. Al no hacerlo infringió el derecho de defensa del amparado, relacionado aquí con su libertad personal, en los términos en que lo ha entendido esta Sala, verbigracia, en la sentencia No. 7321-99 de las 17:15 hrs. del 21 de setiembre de 1999, que señaló: [...] si el ordenamiento le otorga al imputado su derecho de intervenir en el proceso, de traer al proceso toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de las partes contrarias, de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo y de hacerse oír por el juez, garantía esta última que se refuerza en el artículo 91 del Código Procesal Penal, que debe ser interpretado extensivamente de conformidad con el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, cuando dice que el imputado tendrá derecho a declarar cuando lo estime indispensable siempre que su declaración

sea pertinente y a su vez, el artículo 442 párrafo tercero le otorga al imputado el derecho de hacerse oír cuando se ha interpuesto un recurso de apelación, como en este caso, en contra de la medida privativa de libertad que le afecta; pero a pesar de todo ello, el Juez de manera arbitraria se niega a otorgar la audiencia, a evacuar prueba importante mediante resoluciones que son absolutamente carentes de fundamentación, definitivamente se está en presencia de una lesión a los derechos fundamentales del imputado, específicamente de su derecho a ser escuchado, al debido proceso, a la defensa y al acceso a la justicia. **VI.-** Los artículos 256 y 437 del Código Procesal Penal, establecen que el recurso de apelación procede contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio o intermedio, y en el caso concreto, procede contra la resolución que rechaza una medida sustitutiva a la prisión preventiva. Por su parte, el artículo 441 del Código Procesal Penal establece, en general, para todos los casos en que se presenten recursos de apelación, la posibilidad de que se decrete una audiencia oral mediante la cual las partes podrán presentar alegatos respecto de ese recurso. En el caso concreto, a pesar de que existía la obligación para el Juez de otorgar esta audiencia por cuanto la libertad personal del imputado se está viendo afectada, la omite sin siquiera fundamentar las razones por las cuales lo hace, con lo cual también actúa contrariamente a lo dispuesto en el artículo 2 de ese cuerpo normativo según el cual deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal. En ese sentido debe tenerse en cuenta que en el procedimiento preparatorio se le garantiza al imputado y a la defensa una amplia intervención en el proceso y esta garantía se encuentra tutelada de manera especial con lo establecido en el artículo 12 del Código Procesal Penal que es expreso en cuanto indica que en lo que se refiere al imputado, tendrá derecho a intervenir en todos los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. De ese modo, si en el caso concreto, en ejercicio de ese derecho de defensa, el imputado y su defensor ofrecieron prueba que consideraron fundamental y que podría incidir respecto de la libertad personal del imputado que se ha visto coartada con la prisión preventiva pero el Tribunal, de manera arbitraria, sin la debida fundamentación y sin realizar un análisis objetivo, se inclina por denegar la evacuación de tal prueba, la recepción de la

declaración oral del imputado y la realización de la vista solicitada, tal actuación es, en criterio de esta Sala, lesiva de los derechos fundamentales del imputado en los términos expresados [...] IV.- En virtud de lo expuesto, estima la Sala que se han lesionado una serie de principios procesales que integran el debido proceso y que han sido reconocidos en el nuevo Código Procesal como son la oralidad, el contradictorio y la inmediación de la prueba, pues el Tribunal recurrido omitió toda alusión a la solicitud de vista presentada por el recurrente en el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que había modificado la medida cautelar de prisión preventiva en contra del tutelado. Así las cosas, actuó contra de lo establecido en el artículo 441 con lo cual lesionó el derecho a la defensa y al acceso a la justicia. En conclusión, establecido que la autoridad accionado no realizó la audiencia ni se pronunció respecto a su procedencia o no mediante un resolución debidamente motivada, como lo ordena el artículo 142 del Código Procesal Penal, ni brindó ninguna explicación sobre esa omisión, lo procedente es la reposición de la actuación procesal lesiva de los derechos fundamentales de la tutelada, es decir, el trámite de la apelación ante el ad quem, ordenando la libertad del amparado.

(S. 10718-06 de las 18:59 hrs. del 25-07-06 de la SC. En el mismo sentido, S 10679-00; 11344-03; 5742-01; 1182-04; 1188-04; 3467-05; 15780-05, todas de la SC).

No obstante, también ha señalado la Sala Constitucional que la parte que solicite la audiencia debe fundamentar las razones de la solicitud (S 1429-04 de las 9:45 hrs. del 15-10-04; 5742-01; 11429-04 de la SC).

G) Plazo de la prisión preventiva

En virtud de lo dispuesto en el artículo 257 del CPP, la privación de libertad debe cesar cuando la duración de la prisión preventiva supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer o, bien, cuando su duración exceda de 12 meses. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 podrá prorrogarse hasta por un año más para terminar el procedimiento preparatorio y seis meses más, después del dictado de la sentencia condenatoria. Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la

sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, en cuyo caso, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición. Asimismo, podrá prorrogarse excepcionalmente por parte de la Sala Tercera o el Tribunal de Casación Penal, hasta por seis meses más cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

En casos donde se alega el vencimiento de los plazos, tanto ordinarios como extraordinarios de la prisión preventiva, y se está realizando el debate, la Sala Constitucional ha establecido que el mantenimiento de la prisión, a pesar del vencimiento de los plazos, resulta legítimo para asegurar los fines del proceso que también se encuentran amparados constitucionalmente:

De los autos se desprende que en el caso del amparado los plazos ordinarios y extraordinarios de la prisión preventiva se agotaron el 3 de junio del 2006, y que en la actualidad se está realizando el debate en la causa que se le sigue al amparado. Se tiene acreditado que con anterioridad a esa fecha y de conformidad con la ley, quien había dictado la última prórroga de prisión preventiva fue el Tribunal de Casación Penal. Ese órgano jurisdiccional en la resolución de las 15:30 horas del 2 de febrero del 2006, al prorrogar la medida de prisión preventiva del amparado hasta el 3 de junio del 2006, denegó a la vez la solicitud de libertad presentada por la defensa, al estimar que al estarse llevando a cabo el juicio correspondiente en contra del amparado, sigue siendo necesario mantener la prisión del imputado especialmente para evitar que se concrete el inminente peligro de fuga. Por su parte, la resolución del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, de las 11:00 horas del 2 de junio del 2006, que dispuso la prórroga de la prisión preventiva del amparado a partir del 3 de junio del 2006 hasta el dictado de la parte dispositiva del fallo que se origine en esa causa, se fundamentó en la facultad legal que le otorgan los artículos 258 y 329 de Código Procesal Penal, en razón de que la medida tiene el propósito de asegurar la realización del debate y por el tiempo necesario para la culminación de aquel. Además fundamentó la procedencia de la prórroga de la prisión preventiva, en que aún está latente el peligro de fuga, pues el acusado con anterioridad aprovechó su estancia en libertad para salir de suelo nacional dirigiéndose a Canadá, lugar en

el que permaneció cuatro años, burlando el impedimento de salida del país impuesto por una autoridad jurisdiccional en su contra; también la basó en el desinterés de someterse al proceso, la conducta procesal del imputado y además en que el delito por el que se le acusa cuenta con altas penas privativas de libertad. **VI.-** Debe tenerse en cuenta que la duración de la prisión preventiva, aún y siendo prolongada, no se convierte en pena anticipada por ese solo hecho, y no se podría entender arbitraria, cuando se dicte por medio de resolución debidamente fundada, siempre y cuando cumpla una función de aseguramiento procesal como sucede en este caso. En una reciente resolución de esta Sala, citada por el Tribunal recurrido, al analizar en un asunto similar al presente, el dictado de la prisión preventiva para asegurar la realización del debate, se dispuso: “Reclama el defensor del amparado que se dictara prisión preventiva en su contra, pese a que su defendido ya estuvo detenido cautelarmente durante un año, lo cual tuvo como consecuencia que el Tribunal de Casación Penal se negara a mantener la medida. No lleva razón el recurrente, toda vez que la resolución del 20 de marzo de 2004 del Tribunal de Juicio de Heredia señala con claridad que el propósito del encarcelamiento que ahí se dispuso es asegurar la realización del debate, para lo cual no rigen los límites temporales fijados por el Código Procesal Penal (artículo 258) y habiéndose ausentado D.F. del primer señalamiento de ese acto del proceso, es razonable que el juez ocurra al recurso cuestionado para asegurarse la celebración del mismo. El recurso, en consecuencia, debe desestimarse, advirtiendo a la autoridad jurisdiccional recurrida, eso sí, que deberá señalarse y celebrarse el debate a la mayor brevedad posible.” (resolución No. 2006-06718 de las catorce horas y treinta y tres minutos del diecisiete de mayo del dos mil seis)

Algo trascendental a juicio de este Tribunal Constitucional en este caso, por las especiales circunstancias del proceso que se sigue al amparado, es que aún y cuando no se establece con exactitud la duración de la medida adoptada por el Tribunal, ello no se estima irrazonable ni contrario al principio de proporcionalidad, considerando que el proceso se encuentra en la fase plenaria (la más importante), y que el fin buscado con la medida es asegurar que se cumplan los fines del proceso, fines que también tienen raigambre constitucional, a saber, la actuación de la ley penal y la averiguación de la verdad

material, lo que se vería obstaculizado obviamente si no se cuenta con la presencia del imputado, sobre quien ha pesado durante todo el proceso la presunción de fuga, que, a criterio del órgano jurisdiccional recurrido, solo puede evitarse con esa drástica medida restrictiva de la libertad, que en esa inteligencia no contraviene el artículo 37 constitucional. Esto es precisamente lo que ha hecho el Tribunal en ejercicio de su competencia, conferida expresamente por el ordinal 329 del Código Procesal Penal. No obstante lo anterior, no omite manifestar esta Sala que debe procurar el Tribunal accionado proceder a celebrar el debate de la manera más diligente y expedita posible. Por lo expuesto, lo procedente es desestimar el presente recurso, como en efecto se hace.

(S 8979-06 de las 11:12 hrs. del 23-06-06 de la SC. En el mismo sentido la S 62-07 de las 14:37 hrs. del 10-01-07 de la misma sala).

En asuntos que se hayan declarado de tramitación compleja, de conformidad con lo previsto en los artículos 376 y siguientes, el plazo se extenderá hasta un máximo de 18 meses, la prórroga hasta otros 18 meses y, en caso de sentencia condenatoria, 8 meses más (artículo 378 CPP)⁸⁷.

87 En la sentencia 9757-04 de las 14,49 hrs. del 01-09-04 la Sala Constitucional, en relación con la duración del plazo de prisión preventiva en asuntos de tramitación compleja que *Tal y como se indicó en el Considerando anterior, los artículos 258 y 259 del Código Procesal Penal facultan al juez aumentar los plazos de la prisión preventiva; sin embargo, ello no resulta contrario al Derecho de la Constitución, según lo ha considerado con anterioridad esta Sala (en sentencias número 00777-95, 1019-95, 08297-98, 2000-06588, 2002-4392, 2003-04925 y 2004-03901), bajo las siguientes consideraciones: a) Que en la jurisdicción penal existen diversidad de procesos distintos del ordinario (Libro I. del Código Procesal Penal), regulados en el Libro II. del mismo Código de rito, establecidos por el legislador dependiendo de diversos factores, dentro de los que se encuentran, el procedimiento abreviado, el procedimiento para asuntos de tramitación compleja, el procedimiento por delito de acción privada, el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, el procedimiento para juzgar a los miembros de los supremos poderes, el procedimiento para juzgar las contravenciones y el procedimiento para la revisión de la sentencia. Así, el procedimiento ordinario está concebido para causas comunes, que no presenten ninguna dificultad en su tramitación; mientras que el procedimiento para trámite complejo se trata de circunstancias distintas. b) Que el Procedimiento para Asuntos de Tramitación Compleja -que es el que interesa para resolver esta acción-, se aplica en casos que se estiman de cierta dificultad en su investigación, sea por multiplicidad de los hechos que se investigan, el elevado número de imputados o de víctimas, o que se trate de causas relacionadas con la investigación de cualquier forma de delincuencia organizada (en los términos del artículo 376 del Código Procesal Penal); de manera, que se previó la posibilidad de ampliar los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, así, el plazo de prisión preventiva, para concluir la investigación preparatoria, el establecido a favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen un determinado tiempo para celebrar las audiencias, el establecido para la deliberación, para dictar sentencia y para interponer los recursos (artículo 378 Código Procesal Penal). La ampliación de los plazos encuentra su fundamentación en la búsqueda del equilibrio entre los intereses de las partes en el proceso, que a juicio de la Sala resulta razonable y proporcionado (según lo consideró en sentencia número 2002-04392, supra citada). c) Que en razón de la complejidad del caso no se pueden vulnerar los derechos de acceso a la justicia, y a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 41 de la Constitución Política); de manera que el sometimiento a la prisión preventiva sólo cabe excepcionalmente –en los supuestos previstos en el artículo 239 del Código Procesal Penal, explicados en el Considerando anterior-, de manera que su aplicación procede únicamente en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, en proporción a la pena que pueda eventualmente imponerse en el caso. d) Deben hacerse dos advertencias importantes en lo relativo al límite temporal de la prisión preventiva. En primer lugar, constituye una garantía de la libertad individual, y expresión del principio de inocencia, el hecho de que si dentro del plazo máximo permitido por la legislación para aplicar la prisión preventiva los órganos jurisdiccionales no arribaron al dictado de la sentencia, deben poner en libertad al imputado preso. En segundo lugar, por razones de justicia, en caso de sentencia condenatoria, el tiempo cumplido en prisión preventiva debe ser descontado al tiempo de la pena privativa de libertad impuesta. e) Que aún cuando los plazos permitidos en el procedimiento para trámites complejos son más amplios que los permitidos para los procesos ordinarios, ello no produce visos de inconstitucionalidad, por cuanto la diferenciación no es arbitraria, sino que atiende a criterios objetivos y razonables, que deben ser además fundamentados por el juez y con posibilidad de ser impugnados ante el superior. En virtud de lo anterior, las normas impugnadas, en tanto facultan la ampliación del plazo de la prisión preventiva (mayor que el previsto para el proceso ordinario), no resulta contraria a los principios de justicia pronta y cumplida, ni el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 41 de la Constitución Política); en tanto la determinación del plazo tiene que ser valorada en **cada caso en particular**, dependiendo de la complejidad y demás características especiales de cada uno.*

El artículo 259 prevé causales de suspensión de los plazos de prisión preventiva, a saber: durante el tiempo en que el procedimiento esté suspendido a causa de la interposición de un recurso o acción ante la Sala Constitucional,⁸⁸ durante el tiempo en que el debate se encuentre suspendido o se aplaze su iniciación por impedimento o inasistencia del imputado o su defensor o a solicitud de estos, siempre que la suspensión o el aplazamiento no se haya dispuesto por necesidades relacionadas con la adquisición de la prueba o como consecuencia de términos para la defensa, y cuando el proceso deba prolongarse ante gestiones o incidencias evidentemente dilatorias formuladas por el imputado o sus defensores, según resolución motivada del tribunal.

En cuanto a la prórroga de la prisión preventiva, según se señaló, la Sala Constitucional en voto de mayoría ha resuelto que el juez no puede dictar de oficio la prórroga de la prisión preventiva, porque esto vulnera el principio de imparcialidad del juzgador. (Sentencia 2550-05 de las 15:30 hrs. del 8-03-05 de la Sala Constitucional. En el mismo sentido, la sentencia 3568-05). No obstante, este criterio fue modificado en otras sentencias donde se señala que en los casos donde se haya dispuesto la apertura a juicio,

[...] aún sin solicitud expresa del Ministerio Público, a efecto de asegurar la realización de la audiencia, puede disponer la prisión preventiva del encausado si se hallare en libertad y desde luego mantener esa medida precautoria si no estuviere en libertad, según se dispone expresamente en los artículos 254 y 329 del Código Procesal Penal

88 Sobre el particular, se interpretó en la sentencia 3901-04 de las 15,08 hrs. del 21-04-04 de la SC, que [...] si bien el artículo 259 inciso a) dispone que los plazos de la prisión preventiva se suspenderán a causa de la interposición de un recurso o acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional, una aplicación e interpretación literal de esa norma, que lleve a una suspensión sine die, resulta irrazonable, porque es imposible prever en qué plazo se resolverá la acción y mientras ello sucede el imputado estaría soportando de manera ilegítima una prisión más allá de los plazos previstos por la legislación procesal penal. Por eso, este Tribunal estima que tal disposición debe ser interpretada de conformidad con lo expresado líneas atrás. En ese sentido, una interpretación de la disposición impugnada conforme a los principios que informan la prisión preventiva –entre ellos los de razonabilidad y proporcionalidad–, permite a este Tribunal concluir que el inciso a) del artículo 259 no será inconstitucional en tanto se interprete que la suspensión del procedimiento en caso de interposición de un recurso o acción de inconstitucionalidad –que acarrea la suspensión del plazo de la prisión preventiva–, no podrá en ningún caso superar los plazos totales a que se refiere el artículo 378 inciso a) y que cumplidos éstos, deberá ponerse al imputado en libertad.

(Sentencias 2992-05 de las 14:38 hrs. del 16-03-05; 14902-05 de las 12:17 hrs. del 28-10-05; 2031-06 de las 12:06 hrs. del 17-02-06 y 7791-06 de las 17:01 hrs. del 30-05-06, todas de la Sala Constitucional)⁸⁹.

La solicitud de prórroga en los casos en que el asunto se encuentre en casación y no haya sobrepasado el plazo ordinario, debe plantearse ante el tribunal sentenciador (S 2002-05 de las 11:50 hrs. del 25-02-05 de la SC).

La resolución que se dicte en relación con la prórroga de la prisión preventiva debe ser notificada en el plazo de veinticuatro horas previsto en el artículo 155 del CPP (S 9902-02 de las 14:58 hrs. del 15-10-02; 4886-04 de las 14:13 hrs. del 06-05-04; 13056-05 de las 15:48 del 22-09-05).

Resulta de interés referir que se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 258 del CPP, por considerar el accionante que el procedimiento ahí establecido es violatorio de los preceptos contenidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, pues no se conceden audiencia previa ni oportunidad al indiciado de ejercitar su defensa. Además, la decisión judicial al respecto resulta inapelable por aplicación del principio de “impugnabilidad objetiva” que contiene el artículo 422 del Código Procesal Penal y por no existir dentro de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un superior jerárquico del Tribunal de Casación Penal; lo cual implica una denegación de justicia por no permitirse el recurso de apelación que debe estar presente en todo procedimiento administrativo o judicial, precisamente para que no existan fallos de única instancia. Al respecto, consideró la sala:

89 En la Circular 20-06 del 05-06-06, la Fiscalía General de la República reitera en cuanto a que la solicitud de prórroga de la prisión preventiva no es automática, no se concede de oficio y debe hacerse antes de que venza, según diversas resoluciones de la Sala Constitucional (4506-00, 9666-05, 2550-05) y según ha dispuesto la Fiscalía General en circulares 24-00 y 18-05. Se explica además que las solicitudes de prórroga de la prisión preventiva deberán indicar como contenidos básicos: cuál ha sido el desarrollo de la investigación, cuál es su estado actual y cuáles las causas de atraso presentadas que motivan la prórroga; el porqué no ha finalizado la investigación; el tiempo efectivo de prisión que el enjuiciado ha cumplido; la decisión jurisdiccional que sustentó la privación de libertad y su motivo; el plazo de prórroga de la prisión preventiva que se solicita, de conformidad con el principio de proporcionalidad; la relación entre las características del caso y la legitimidad del término que se pide y los presupuestos procesales que justifican la prórroga; todo lo cual deberá acreditarse respecto de cada uno de los imputados. Deberá presentarse la solicitud antes de que se resuelva el recurso de casación, para evitar que, habiendo sido resuelto el recurso a favor del Ministerio Público y anulada la sentencia, se rechace la petición de prórroga. Debe hacerse ante el tribunal competente, según el momento procesal en que la causa se encuentre. No deben formularse ante el tribunal de juicio cuando ya han vencido los plazos ordinarios, sino ante el Tribunal de Casación Penal.

[...] Cuando se acuerda por primera vez esta medida cautelar, se otorga amplia posibilidad de defensa al imputado, así como el derecho de plantear recurso de apelación; además se le confiere la posibilidad de recurrir a la revisión, sustitución, modificación y cancelación de la medida, todo lo cual, también puede ser recurrido (artículos 253, 254, 256 y 257 del Código Procesal Penal). En la norma cuestionada no ocurre nada de ello. A efecto de garantizar más el principio –carácter excepcional de la prisión preventiva– el legislador estableció que correspondía a uno de los máximos tribunales en materia penal, el de Casación Penal, la fiscalización de una permanencia mayor al año en prisión preventiva, en este caso no se discuten nuevas circunstancias que ameriten la medida, se debe revisar que las señaladas para autorizarla sean procedentes y que esas circunstancias se mantengan. Por ello, estima esta Sala que siempre y cuando, la solicitud que plantea el Ministerio Público se fundamente en las mismas circunstancias valoradas al imponerse la prisión preventiva, respecto de las cuales si se garantiza el contradictorio, no resulta necesario otorgar audiencia a la defensa, pues, el Tribunal se limita a corroborar la permanencia de los presupuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la restricción de la libertad, que en su momento –se reitera– tuvo la oportunidad de ser discutida. En esos casos, la decisión sobre la prórroga de la prisión preventiva no requiere de un contradictorio como tal, pues lo que se produce es una mera constatación de que las circunstancias no han variado. Distinta es la situación cuando el Ministerio Público solicita la prórroga de la prisión preventiva con base en nuevas circunstancias. En esa hipótesis, para satisfacer las exigencias del debido proceso, se requiere otorgar audiencia a la defensa y si ésta lo solicita, el Tribunal de Casación deberá celebrar la vista que prevé el artículo 242 párrafo final del mismo Código, con la finalidad de oír a las partes y recibir la prueba ofrecida por éstas, caso en el cual, el Tribunal regirá su actuación por lo dispuesto en el artículo 254 según el que: “[...] el tribunal, aún de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición.” El hecho de que sea el Tribunal de Casación Penal quien decida sobre el mantenimiento de

la medida cautelar, constituye una garantía más para el imputado, por tratarse de un Órgano de la más alta instancia dentro de la jurisdicción penal. De lo expuesto, debe entenderse entonces que en el trámite de la prórroga de la prisión preventiva por parte del Tribunal de Casación Penal, no se requiere de un contradictorio; salvo, en el caso de que en la solicitud planteada por el Ministerio Público se aleguen nuevas circunstancias -que no fueron objeto de discusión al momento de acordarse la medida- supuesto en el cual, deberá otorgarse audiencia a la defensa, quien podrá incluso solicitar la celebración de una audiencia oral. Cuando el Ministerio Público solicite el mantenimiento de la medida en razón de nuevas circunstancias en la petición que formula al Tribunal de Casación Penal, debe hacerlo con el tiempo necesario para que éste pueda cumplir con las exigencias procesales de audiencia y eventual vista, según lo señalado, pues sólo cuando el retraso en el pronunciamiento se deba a prácticas dilatorias de la defensa, la prisión podría mantenerse, fuera del plazo del año, por el tiempo indispensable para hacer pronunciamiento [...]. En relación con el segundo aspecto impugnado, esto es, que no procede el recurso de apelación contra lo resuelto por el Tribunal de Casación Penal, considera esta Sala que no lleva razón el accionante. El recurso de apelación no es una garantía prevista en la Constitución Política. Ésta, lo único que señala en el artículo 42 es que un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. La Convención Americana de Derechos Humanos es la que contempla el derecho de recurrir como garantía, al señalar en el numeral 2 inciso h) que durante el proceso toda persona tiene : "...h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior." La resolución que concede la prórroga de la prisión preventiva no es asimilable a un fallo. Se trata, de una revisión o constatación de la permanencia de las causales que originaron la prisión preventiva que en su oportunidad procesal, tuvo la posibilidad de ser apelada y que no decide el fondo del asunto, solamente prorroga la ejecución de una medida cautelar. Sólo en el caso de que la solicitud de prórroga planteada por el Ministerio Público se fundamente en nuevas circunstancias, conforme se señaló, es requisito esencial otorgar audiencia a la defensa para que se pronuncie al respecto, ofrezca la prueba que estime pertinente y eventualmente, solicite la celebración de la vista que prevé el artículo 242 párrafo final. Por otra parte, el hecho de que sea el Tribunal de Casación Penal, quien

decida sobre el otorgamiento de una prórroga de la prisión preventiva en el caso del vencimiento del plazo, constituye un reforzamiento de la garantía de control periódico de la prisión preventiva, por tratarse de una de las más altas instancias judiciales, lo cual es acorde a la orientación político criminal del Código Procesal Penal, que pretende un fortalecimiento de las garantías y exige requisitos calificados para acordar y mantener una prisión preventiva, pero ese Tribunal carece, según la organización del Poder Judicial, de un superior que revise sus fallos. Es posible solicitar ante el tribunal de instancia, una medida sustitutiva a la prisión y en caso de que ésta sea rechazada, cabe plantear el recurso de apelación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en artículo 256 párrafo primero del Código Procesal Penal, según el cual: “[...] la resolución que [...] rechaza una medida sustitutiva, será apelable sin efecto suspensivo.” Asimismo, el artículo 257 señala como una de las causales de cesación de la prisión preventiva, que nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; razón por la cual, la defensa tiene la posibilidad de plantear la gestión pertinente ante el tribunal respectivo.

(S 4925-03 de las 15:25 hrs. del 04-06-03 de la SC).

De manera que, en virtud de lo dispuesto en el fallo transcrito, en los casos en que se solicite la prórroga de la prisión preventiva, con base en motivos o circunstancias distintas de las que originalmente se habían argumentado, el Tribunal de Casación debe dar audiencia a la defensa y, si esta lo solicita, deberá celebrar la vista que prevé el artículo 242, párrafo final del CPP, con la finalidad de oír a las partes y recibir la prueba ofrecida por estas.

El Tribunal de Casación Penal ha resuelto que la prolongación del plazo ordinario de la prisión preventiva es procedente solo en casos excepcionales, donde se acredite efectivamente la necesidad procesal y no se presenten atrasos injustificados⁹⁰.

90 Votos 42-02, 456-02, 560-03, 19-04, 65-04, 193-04, 220-04, 1235-04, 1280-04, 1329-04, 213-05, 220-05, 243-05, 360-05, 479-05, 482-05, 545-05, 620-05, 624-05, 735-05, del TCP (referidos a su vez por Llobet, Javier, óp. cit., p. 573).

3.5.4 MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 244 del CPP dispone que siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las siguientes alternativas:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a este el abandono inmediato del domicilio.
- h) La prestación de una caución adecuada.
- i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.

La Sala Constitucional ha estimado que para que proceda la aplicación de estas medidas, deben existir los mismos presupuestos que se establecen para la prisión preventiva: deben existir alguno de los peligros procesales, así como los elementos de convicción suficientes para sostener con probabilidad que el imputado es autor o partícipe en un hecho punible (S 02221-99 de las 15:24 hrs. del 24-03-99 de la SC).

Lo que debe establecerse es si resulta viable imponer alguna o algunas de estas medidas para neutralizar el peligro de fuga, de obstaculización o reiteración que se ha determinado que existe en el caso concreto, por cuanto, en virtud del principio de proporcionalidad, la restricción de la libertad solo puede darse en los supuestos donde esto sea absolutamente indispensable y necesario para asegurar la realización del proceso.

En relación con el plazo de las medidas, la Sala Constitucional se pronunció afirmando que

[...] el no establecimiento de causales de cesación y plazo determinado de duración de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva y la incomunicación; no vulnera el debido proceso ni el principio de seguridad jurídica. Ello por cuanto el juez se encuentra en la obligación de aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto y por encontrarse garantizado en el procedimiento penal, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

(S 4394-02 de las 16:24 hrs. del 14-05-02 de la SC).

En el mismo sentido, se resolvió en la sentencia S 5445-06 de las 10:57 hrs. del 21-04-06 de la SC, donde se indicó:

[...] para que se pueda dictar una medida menos gravosa que la prisión preventiva, necesariamente deben darse los presupuestos para dictar esta última, lo que sucede es que, atendiendo al principio de proporcionalidad, el Tribunal -de oficio o a solicitud del interesado- debe elegir la o las medidas menos gravosas, siempre y cuando las presunciones que podrían motivar la prisión preventiva se puedan evitar razonablemente con la aplicación de esta última. Así, cuando sea viable evitar el peligro de fuga, el de obstaculización de la justicia o el de reiteración, a través de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, debe el Tribunal escogerlas, atendiendo al principio de que la privación de libertad es una medida de excepcional aplicación, por involucrar el derecho fundamental a la libertad. El Código Procesal Penal no especifica cuáles son las medidas sustitutivas tendentes a evitar cada uno de los peligros que puedan dar lugar al dictado de la prisión preventiva, pero sí se puede inferir que unas están relacionadas

con el peligro de fuga, otras con el de obstaculización y otras con el peligro de reiteración delictiva. Específicamente en lo que atañe al impedimento de salida del país y a la obligación de presentarse periódicamente al Despacho donde radica la causa, puede decirse que tienden a evitar el peligro de fuga, así como por citar un ejemplo, se tiende a evitar la obstaculización de la justicia con la orden de que el imputado haga abandono inmediato del domicilio, en los casos en que se investigan agresiones a mujeres y niños o en delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el justiciable. Pero, lo primero que debe analizar el Tribunal es que se dé el primer presupuesto para el dictado de la prisión preventiva, pues de no darse éste, no solo no procede la imposición de esta medida cautelar, sino tampoco ninguna otra. En efecto, para poder ordenar la prisión preventiva, el Tribunal debe analizar si concurren las circunstancias que señala el artículo 239 del Código Procesal Penal, dentro de las cuales, la primera es que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él; luego de verificar esta situación, debe entonces entrar a analizar si requiere dictar medidas de aseguramiento procesal para vincular al sujeto al proceso (ver en ese sentido N° 2005-10053 de las doce horas treinta y tres minutos del veintinueve de julio del dos mil cinco). De conformidad con lo expuesto, resulta claro para este Tribunal que una persona sometida a una causa penal, tiene limitaciones en su libertad, por cuanto se encuentra sujeta a un proceso. Por consiguiente, a criterio de la Sala, la libertad de tránsito puede verse legítimamente restringida por la medida cautelar del impedimento de salida del país o bien por la obligación de presentarse a firmar cada quince días, lo cual no es más que una consecuencia misma del proceso penal, que no requiere mayor fundamentación que la existencia de este proceso (sobre el particular ver sentencia número 1030-2001 de las quince horas treinta y tres minutos del seis de febrero del dos mil uno).

V.- Sobre el plazo de tales medidas sustitutivas. En consonancia con lo anterior, la Sala ha manifestado que las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva no se encuentran sujetas a plazo. Debe recordarse que la Sala ha manifestado que las medidas cautelares no están limitadas por plazos concretos legalmente definidos sino que, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Penal, su duración queda sujeto a un criterio de proporcionalidad, todo ello sin perjuicio

de que el Tribunal proceda a revisar, sustituir, modificar o cancelar la procedencia de las medidas impuestas y las circunstancias de su imposición, cuando así se requiere por haber variado las condiciones que justificaron su imposición, ello porque, como se indicó, en el Código Procesal Penal no se establecen plazos límite para la imposición de medidas cautelares alternas a la prisión preventiva, con lo cual, la eficacia de las mismas puede mantenerse durante todo el tiempo que sea necesario para proteger los fines del proceso, en tanto no cambien las circunstancias que dieron origen a su imposición. En todo caso, dicho cambio de circunstancias o cualquier asunto relativo a las medidas cautelares impuestas puede ser alegado en cualquier momento por el imputado o su defensor, ante el juez de garantías, quien tienen un deber ineludible de atender, oportunamente, dichas gestiones (ver en sentido similar sentencias No.2001-01627 de las quince horas ocho minutos del veintisiete de febrero del dos mil uno y No.2004-13993 de las catorce horas treinta y tres minutos del siete de diciembre del dos mil cuatro)

(En igual sentido, puede consultarse la S 9222-07 de las 17:51 hrs. del 26-06-07 de la SC).

No obstante, en un caso donde se impuso una medida cautelar de no acercarse a un caserío determinado por acusarse al imputado de los delitos de usurpación y daños, la sala estimó que debía establecerse el plazo de la medida, dado que de no ser así, se estaría ante una pena perpetua (S. 5601-05 de las 16:35 hrs. del 10-05-05 de la SC).

En relación con la medida de impedimento de salida del país, la Sala Constitucional se pronunció en cuanto a la necesidad de que antes de fijarla, el imputado sea debidamente indagado y además se le debe notificar acerca de la imposición (S 14176-06 de las 12:34 hrs. del 22-09-06).

Asimismo, declaró con lugar un recurso de hábeas corpus, en virtud de que se impuso a un encartado una medida de impedimento de salida del país por un plazo excesivo, sin que al menos se hubiera definido su situación jurídica (S 15266-06 de las 14:30 hrs. del 24-10-06).

En cuanto a la imposición de la medida cautelar de caución, reiteradamente la Sala Constitucional ha resuelto que debe realizarse un estudio de la condición económica del imputado, a fin de determinar su monto:

De conformidad con la jurisprudencia que sobre el tema ha establecido esta Jurisdicción (sentencias #425-90 de las 16:30 horas del 2 de mayo; 634-90 de las 17:15 horas del 6 de junio; 872-90 de las 17:30 horas del 27 de julio, todas de 1990; 207-91 de las 14:26 horas del 30 de enero; 1370-91 de las 15:34 horas del 17 de julio; 2689-91 de las 10:50 horas del 20 de diciembre; todas de 1991, entre otras) y el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, la resolución mediante la cual se otorga la excarcelación bajo caución, debe estipular las razones por las que se fije un determinado monto, tomando en cuenta las condiciones socio económicas del imputado.

(S. 1018-95 de las 15:12 hrs. del 22-09-95 de la SC. En el mismo sentido, las S 11908-03 de las 15:16 hrs. del 21-10-03 y 16784-05 de las 8:32 hrs. del 2-12-05 de la misma sala).

3.5.5 INCOMUNICACIÓN

La incomunicación está prevista en el artículo 44 de la Constitución Política que señala que para que pueda exceder de 48 horas, se requiere orden judicial, ya que solo puede extenderse hasta por diez días consecutivos. El artículo 261 del CPP refiere que el tribunal podrá ordenar la incomunicación del imputado en resolución fundada, hasta por diez días consecutivos, cuando previamente haya dispuesto la prisión preventiva y existan motivos que deberán hacerse constar en la resolución para estimar que se pondrá de acuerdo con sus cómplices u obstaculizará de otro modo la investigación.

El Ministerio Público y la Policía Judicial pueden disponer la incomunicación del aprehendido solo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, no pudiendo exceder de seis horas. Durante la incomunicación subsiste la obligación de recibirle declaración al imputado y de permitirle comunicarse con su defensor inmediatamente antes de rendir su declaración o antes de realizar cualquier acto que requiera su intervención personal. No resulta legítimo desnaturalizar la medida de incomunicación y convertirla en un medio para facilitar los interrogatorios policiales u otras prácticas contrarias a la dignidad humana y al principio de inocencia del imputado.

3.5.6 INTERNACIÓN

El artículo 262 del CPP otorga al tribunal la posibilidad de ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, previa comprobación por dictamen pericial de que sufre una alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo hacen peligroso para sí mismo o para terceros en los supuestos donde medie la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o participe en él y se dé una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación. Se trata de una medida eminentemente procesal que atiende a procurar la efectiva realización del juicio.

CASOS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de hábeas corpus a favor de su representado por cuanto estima que la autoridad recurrida lo privó ilegítimamente de su libertad, al imponerle tres meses de prisión preventiva, dado que la resolución carece de fundamentación.

El juez ordenó la prisión con base en un parte policial, donde se menciona que algunas personas lo identificaron como partícipe en la tacha de un vehículo, sin que se indicaran los nombres de esos testigos, aduciendo la existencia de peligro de obstaculización, dado que al estar en libertad, por medio del sumario, era posible que averiguara los domicilios y calidades de los testigos. Además, el imputado carecía de antecedentes penales.

¿Estima usted que los elementos de juicio valorados resultan suficientes para la imposición de una medida de prisión preventiva?

Decisión del tribunal

En el caso concreto, el peligro de obstaculización de la investigación es una mera hipótesis de la Jueza recurrida, quien aduce que, de estar los imputados en libertad, por medio del sumario pueden averiguar los domicilios y calidades de los eventuales testigos. Tal y como señaló la defensa en el recurso de apelación formulado en su oportunidad, no se describe en la resolución cuál es el motivo para considerar como probable tal riesgo de obstaculización de la investigación. Tampoco se acredita peligro de reiteración delictiva con relación a Cortés Rojas, quien a diferencia de los otros coimputados, no tiene antecedentes penales. Por todo lo anterior, estima la Sala que la resolución que decretó la prisión preventiva del amparado incumple el requisito de estar debidamente motivada, y por esto el recurso debe ser declarado con lugar sin ordenar la libertad del amparado.

(S 10379-04 de las 14:32 hrs. del 22-09-04 de la SC).

Síntesis del caso

En la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico se sigue causa contra H.L.M.B. por el delito de Introducción de Droga a un Establecimiento Penitenciario en perjuicio de la salud pública. A solicitud del fiscal, el juez le impuso prisión preventiva por tres meses. Para ello, estimó que en vista del delito que se le atribuye a la encartada, se puede concluir que el tráfico de drogas constituye para ella su *modus vivendi*, por lo que si queda en libertad, continuará desplegando acciones de la misma naturaleza en daño de la salud pública. Además, afirmó que hay peligro de fuga, por cuanto, si es condenada por estos hechos, a la amparada se le impondrían de ocho a veinte años de prisión, pena que no permite la aplicación del beneficio de la ejecución condicional, lo cual hace presumir que no se someterá en forma voluntaria al proceso e incluso puede abandonar el país dado el deficiente control migratorio que existe en Costa Rica. La defensa del imputado interpuso un recurso de *habeas corpus* a favor de su representado por cuanto estimó que la autoridad recurrida lo privó ilegítimamente de su libertad, dado que la resolución careció de fundamentación, por cuanto la imputada no tenía antecedentes delictivos y además tenía arraigo familiar.

¿Considera usted que los elementos tomados en cuenta por el juez para fundamentar la prisión preventiva permiten acreditar la existencia de los peligros procesales señalados?

Decisión del tribunal

En el caso concreto, el peligro de reiteración de la actividad delictiva es una mera hipótesis del Juez recurrido, quien aduce “en vista del delito que se le atribuye a la aquí encartada, permite válidamente concluir que el tráfico de drogas constituye para ella su *modus vivendi*, por ello de quedar en libertad continuará desplegando acciones de la misma naturaleza en detrimento de la salud pública”. Tal y como señaló la defensa en la gestión de libertad, la amparada no cuenta con ficha criminal por lo que el solo hecho de que sea la probable autora de los hechos que se investigan no constituye a juicio de la Sala, indicio de que continuará la actividad delictiva. En cuanto al peligro de fuga, el Juez estimó que existe porque, de ser condenada por estos hechos, a la amparada se le impondrían de ocho a veinte años de prisión, pena que no permite la aplicación del beneficio de la ejecución condicional.

Por ello, según el Juez, es válido presumir que no se someterá en forma voluntaria al proceso, e incluso puede abandonar el país dado el deficiente control migratorio que existe en Costa Rica. Igualmente aprecia la Sala que el mismo día en que el Ministerio Público solicitó la medida cautelar que se discute, presentó la acusación y solicitud de apertura a juicio, lo que no implica en sí mismo que la amparada no se sujetará al proceso. En conclusión, estima la Sala que no se ha fundamentado adecuadamente, mediante la exposición de razones objetivas y debidamente respaldadas en la causa, la existencia de peligro de reiteración delictiva y peligro de fuga, por lo que la resolución que decretó la prisión preventiva de la amparada lesiona su derecho a la libertad personal. En consecuencia el recurso debe ser declarado con lugar, ordenando la libertad de la amparada.

(S. 1184-05 de las 14:35 hrs. del 09-02-05 de la SC).

Síntesis del caso

Una menor ofendida presentó una denuncia en la Fiscalía, refiriendo que su primo había intentado abusar sexualmente de ella, aprovechando que se estaba bañando. En virtud de esa denuncia, el fiscal decide llamar a la Policía Judicial por teléfono, y le solicitó la detención del imputado, para lo cual le indicó los motivos, el delito y el número de causa. Con fundamento en la orden de la Fiscalía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial de esa jurisdicción se presentaron a las inmediaciones de la vivienda del encartado y procedieron a su detención. Una vez que detuvieron al imputado, los agentes le informaron inmediato los derechos que le asistían y los motivos de su detención. Luego, lo trasladaron hasta las oficinas del Organismo de Investigación Judicial, donde se le mantuvo hasta el momento de ser requerido por el Ministerio Público y después por el juzgado penal local.

El imputado rindió declaración indagatoria, contando con asesoría letrada y fue puesto a las órdenes del juzgado penal que rechazó la solicitud de prisión preventiva. La defensa del imputado interpuso un recurso de hábeas corpus, por estimar que la detención fue arbitraria, ilegítima e innecesaria, por no darse los requisitos que establecía el artículo 237 del CPP y además por haberse dado la orden de detención en forma oral.

¿Qué criterio le merece la actuación del fiscal? ¿Estima que en la detención se cumple con los requisitos legales?

Decisión del tribunal

La defensora pública del amparado reclama que su patrocinado fue detenido por oficiales de la policía judicial, en cumplimiento de una orden verbal emitida por el representante del Ministerio Público, es decir, sin contar con orden escrita y con fundamento únicamente en la denuncia interpuesta por la presunta ofendida; asimismo, que en el momento en que se efectuó la detención el amparado no fue informado de sus derechos, motivos por los cuales considera que se trató de una detención arbitraria y, por consiguiente ilegítima, razón por la que solicita se acoja este Recurso de Hábeas Corpus. De los informes rendidos por las autoridades recurridas y de las pruebas allegadas a los autos, se concluye que, por la naturaleza del delito y la forma en que supuestamente acaecieron los hechos, la denuncia de la presunta ofendida sí se constituye en un elemento de convicción suficiente para sostener, razonablemente, que el amparado era con probabilidad autor de un hecho punible (indicio comprobado); sin embargo, sí lleva razón la recurrente en cuanto a la arbitrariedad de la detención, ocasionada únicamente porque se efectuó sin orden escrita y sin que concurrieran los presupuestos de excepción que establece el artículo 237 del Código Procesal Penal, ya que no ha sido fundamentado por el Fiscal recurrido que el amparado podría ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar, ni que fuese necesaria la detención a efecto de no perjudicar la investigación. La falta de orden escrita es un hecho aceptado por el Fiscal recurrido y de ahí que se torne forzosa la estimatoria de este recurso únicamente en cuanto a este extremo, puesto que no es de recibo su justificación en el sentido de que ordenó verbalmente la detención considerando el contexto en que sucedieron los hechos delictivos, de acuerdo con la versión de la ofendida, quien es una mejor edad que denunció haber sido víctima de un intento de abuso sexual por parte de un primo y vecino suyo (el amparado), aprovechando que ella se encontraba bañándose en su casa. En mérito de lo expuesto se acoge este recurso con sus consecuencias.

(S. 9420-04 de las 11:12 hrs. del 27-08-04 de la SC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de hábeas corpus a favor de su defendido en la causa que se le sigue por el delito de robo simple, por considerar que en la resolución que se acuerda la prisión preventiva, se emplearon criterios peligrosistas, tales como presunciones de delincuencia de conocimiento privado del juez, respecto a procesos anteriores, lo cual hace del debido proceso una cuestión mítica e inalcanzable, dado que tomar en cuenta y aplicar las condiciones personalísimas del encartado es traer de nuevo el derecho penal de autor al sistema judicial, contrariando así los presupuestos básicos de un Estado social de derecho. La resolución del juez que dictó la medida cautelar, refiere en lo que interesa:

[...] dado que el DENUNCIADO M.C. ha demostrado con su actuar, que no le asiste ningún tipo de interés por readaptarse a la cultura de CONVIVIR EN SOCIEDAD, además tomando en cuenta la pena que se le podrá llegar a imponer, existiendo también una posibilidad más que real, de que continúe con su actividad delictiva, siendo de consideración que no ha existido contención alguna, ni laboral, ni familiar o de cualquier índole para reprimir la actividad delictiva del denunciado. QUE EL ENCARTADO, TAN SOLO LA SEMANA PASADA FUE PUESTO A LA ORDEN DE ESTE JUZGADO PENAL CON UNA SOLICITUD DE PRISIÓN PREVENTIVA POR UN HECHO QUE SE CIRCUNSCRIBE AL DELITO DE ROBO AGRAVADO. Lo anterior sin menosprecio de las causas que ya le asisten al denunciado y que se encuentran elevadas ya para juicio. Efectivamente y como lo dice el Fiscal solicitante estos hechos son graves y hacen deducir que de dejar en libertad al encartado, el mismo podría tratar de eludir la acción de la justicia, sustrayéndose al proceso penal, máxime que es desempleado, y por el solo temor a la condena a que se puede ver expuesto, podría tratar de eludir la acción de la justicia, además el hecho de señalar un domicilio, no implica que no tratará de eludir la acción de la justicia.- También lleva razón el Fiscal, existe suficiente prueba para ligar al encartado a este proceso y los hechos son penados con pena privativa de libertad sumamente alta. Que existe peligro de obstaculización, dado que de quedar en libertad el encartado podría tratar de buscar al ofendido para amedrentarlo, lo que está en la obligación este Juzgado en evitar.- [...] Falta además prueba por recabar, por lo que con la imposición de esta medida se asegure su sometimiento

al proceso, hasta que en definitiva se resuelva.” (folios 65 y 66). La resolución tribunal que conoció de la apelación señala: “En cuanto a los peligros procesales y la proporcionalidad de la medida impuesta la defensa lleva razón en parte, y es que es cierto que M.C. cuenta con un domicilio conocido, y que los hechos investigados no son de suma gravedad por lo que no había alta penalidad en esta causa, sin embargo, M.C. tiene un serio problema de reiteración delictiva, puede que en esta causa por estar apenas en sus inicios no se cuente con un documento de juzgamientos anteriores, pero M.C. es muy conocido en estrados judiciales por hacer de la actividad delictiva una situación habitual suya, el acusado no aparente problemas de drogadicción pero desde joven tiene un problema de delincuencia muy importante, y si bien de momento no se tiene documento alguno que demuestre su habitualidad, este juzgador no puede dejar de tomar en consideración esa problemática habitual que presenta el encartado y tratar de hacer real el fin preventivo general que persigue el Derecho Penal, y es obligación de las autoridades judiciales velar porque no se produzcan mayores consecuencias o hecho nuevos, por ello aun cuando no se presenta peligro de fuga, o de obstaculización, si existente una latente presunción de reiteración delictiva [...]” (folios 91 y 92).

Por su parte, el juez del tribunal al rendir el informe correspondiente ante la Sala Constitucional, aduce que no es cierto que en la resolución se empleen criterios de peligrosidad. A su juicio, el hecho de que el encartado sea una persona que acostumbra tener problemas en el plano judicial es un elemento que el juez necesariamente debe valorar, dado que una de las reglas que forman parte de la sana crítica es la experiencia.

¿Considera usted que las resoluciones se encuentran debidamente fundamentadas? ¿Cuál es el riesgo procesal que se señala y cómo se acredita?

Decisión del tribunal

En ambos casos, echa de menos la Sala elementos objetivos que sustenten la convicción de los Juzgadores sobre su ineludible obligación de someter al encartado a la medida provisional más gravosa, pues el Juez Penal, de su parte, formula simples suposiciones, sin que conste, por ejemplo, que alguno de los testigos o el ofendido hayan manifestado haber

sido amenazados por el imputado, o se lea en las copias remitidas del legajo principal y del de medidas cautelares certificación de juzgamientos o dato alguno que permita deducir que el amparado fue anteriormente sentenciado por delitos similares. Si bien se alude a otro proceso de inicio reciente [...] no se aclara tampoco su estado, ni la relación con el delito atribuido en el asunto que aquí ocupa. En relación con las causas que se dice que le asisten y están elevadas para juicio, no es siquiera posible establecer el despacho donde se tramitan ni el número de expediente.

III.- En cuanto a la resolución del Tribunal de Juicio, cumple su papel de verificar la legitimidad de lo actuado por el a quo únicamente al explicar que no existe peligro de fuga ni de obstaculización, pero finalmente incurre en un vicio más grave, al justificar la confirmación de lo apelado, con base en la causal de reiteración delictiva, en aparentes hechos y datos de conocimiento privado del juzgador. Con ello, se atropellan las más elementales garantías que el debido proceso confiere a todo encartado. Sobre la imposición de la privación de libertad como medida provisional, en la sentencia #1019-95 de las 15:15 horas del 22 de febrero de 2005, la Sala señaló: “El tratamiento de la prisión preventiva, como medida cautelar del proceso penal, pero sobre todo como límite a la libertad individual del imputado –sobre quien rige necesariamente la presunción de inocencia–, debe aplicarse restrictivamente, en concordancia con los principios vigentes durante el procedimiento penal que pretenden armonizar el interés de la causa -descubrimiento de la verdad real-, con el respeto de los derechos fundamentales del imputado, básicamente la libertad personal. En consecuencia, en los casos de prisión preventiva, siempre deben tenerse en cuenta los siguientes supuestos: a) que de conformidad con el principio de inocencia, la medida no tiene fin punitivo; b) que se aplica tomando en cuenta circunstancias especiales del caso, como medida excepcional y estrictamente necesaria; y c) que únicamente puede fundamentarse en la seguridad de los ciudadanos, para garantizar la aplicación de la ley y en el orden público, como especie del género interés público, que en este caso reside en el justo equilibrio entre dos deberes estatales; el de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, respetando sus libertades y derechos fundamentales.” En otra sentencia, agregó: “La libertad sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la Ley, y la excepción a la regla de que el imputado permanezca en libertad durante la tramitación

del proceso sólo encuentra excepción en razones procesales justificadas, al punto de que podría decirse que ésta procede únicamente cuando el Juez no tiene más remedio de privarlo de libertad a fin de garantizar los fines del proceso, previa resolución debidamente fundamentada, la cual no puede consistir en la mera enunciación de las hipótesis que permiten la prisión preventiva.” (sentencia #777-95 de las 16:45 horas del 8 de febrero de 1995) Además, por resolución #5396-95 de las 15:45 horas del 3 de octubre de 1995, se dijo: “...cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato específico del numeral 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alza esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad.” (en el mismo sentido v. la sentencia #2006-468

de las 8:39 horas del 27 de enero de este año). En este caso particular se apartaron las autoridades jurisdiccionales accionadas de esas pautas básicas establecidas en la jurisprudencia constitucional, de forma que lo procedente es estimar el amparo, anulando las decisiones que ordenan la prisión preventiva y disponiendo poner en libertad el amparado, de inmediato, salvo que alguna otra causa legal lo impida.

(S. 12390-06 de las 16:51 hrs. del 23-08-06 de la SC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado planteó un recurso de hábeas corpus a favor de su representado y contra el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de Limón que le impuso prisión preventiva por el plazo de tres meses, a solicitud de la Fiscalía, los cuales han sido prorrogados en dos oportunidades. Refirió que se violenta el debido proceso y su derecho de defensa, por cuanto, la medida cautelar decretada se basa en declaraciones ilegales e informes policiales subjetivos, pues la Policía entrevistó a uno de los ofendidos en el hospital, cuando se encontraba grave, sin que estuvieran presentes el juez, el fiscal ni la defensa. Además, se tomaron en cuenta declaraciones de los empleados del hospital, quienes a su vez escucharon la versión del ofendido que se encontraba hospitalizado, también rendida ante la Policía. El ofendido manifestó que había visto al imputado –a quien conocía por haber laborado en la agencia de seguridad privada de su propiedad– cuando lanzó algo al carro donde viajaba él en compañía de dos personas más y se produjo un incendio que provocó la muerte inmediata de uno de los ocupantes del vehículo.

El juez dictó la medida cautelar, considerando la gravedad de los hechos, por haberse producido la muerte de dos personas y por encontrarse la tercera sobreviviente en muy mal estado de salud, por lo que temió que el imputado no se sometiera al proceso, tomando en cuenta el alto monto de prisión al que podría verse sometido si era declarado culpable.

¿A su juicio, podían ser utilizadas esas declaraciones para fundamentar el dictado de la prisión preventiva? ¿Estima que se requería la presencia del fiscal, juez y defensor? ¿Considera que se encuentra acreditado el peligro procesal?

Decisión del Tribunal

[...] concluye la Sala que la restricción a la libertad impuesta está bien motivada, y en consecuencia, la prisión preventiva decretada resulta ajustada a los parámetros legales y constitucionales. En efecto, según se describe en la resolución que dictó la prisión preventiva contra el amparado, se denuncia que el 22 de agosto del año 2000, aproximadamente a las 5:00 horas los ofendidos se dirigían en el vehículo de uno de ellos hacia el parqueo ubicado cerca del Hotel Puerto, ubicado en Limón, a fin de recoger un arma de fuego del empleado del estacionamiento, y cuando estaban en las cercanías del ingreso a ese sitio, el imputado V.G.M. con un tarro que portaba encendido, lo lanzó dentro del vehículo produciendo una explosión, consecuencia de la cual en el sitio falleció uno de los ofendidos, y los otros dos fueron trasladados al Hospital de la localidad. Las autoridades policiales lograron entrevistar a uno de los ofendidos que se encontraban en el Hospital local, quien les manifestó que había observado al imputado [...] cuando lanzó algo al carro y luego vino un incendio, afirmando que lo conocía porque laboró para él en la agencia de seguridad privada que poseía. Con base en esa declaración se detuvo al aquí amparado, quien fue conducido a la sede policial, donde observaron que tenía quemaduras recientes en los brazos. La versión policial fue confirmada por trabajadores del Hospital, quienes estando en su labor lograron escuchar las manifestaciones del ofendido hechas a los oficiales de la policía judicial. V.- Según se puede apreciar, sí quedó acreditado en la resolución que ordenó la prisión preventiva contra el amparado el indicio comprobado de que él es con probabilidad autor o partícipe del hecho punible que se le atribuye; paralelamente, el órgano jurisdiccional fundamentó la necesidad de aseguramiento procesal a través del dictado de la prisión preventiva [...] habida cuenta que en ese momento ya existían dos personas fallecidas como consecuencia del hecho delictivo atribuido al amparado, y otra más en muy mal estado de salud, por lo que ante la gravedad de los hechos se temió que el imputado no se sometiera al proceso, tomando en cuenta el alto monto de prisión al que podría verse sometido de ser declarado culpable. Estos argumentos han sido prohijados por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, órgano jurisdiccional a la orden del cual está ahora el amparado, el cual en sus consideraciones para mantener la prisión preventiva decretada determinó que subsiste el peligro de fuga

por los motivos esgrimidos por el a-quo, así como el de obstaculización de la investigación, pues de encontrarse en libertad el amparado podría influir en los testigos que a la fecha se han entrevistado y sobre cuyos testimonios se fundamenta la acusación, influyendo en ellos para que declaren falsamente o no lo hagan, perjudicando los intereses de la persecución penal. **VI.-** Vistos los argumentos expuestos en la resolución que ordenó la prisión preventiva contra el amparado, y las posteriores en que se ha mantenido, estima la Sala que se motiva adecuadamente el peligro procesal que existe y que hace necesaria la medida cautelar decretada, por un lapso que se encuentra razonable y proporcionado a los fines perseguidos. Por otra parte, tal y como hace ver la autoridad recurrida, en el actual sistema procesal no es requisito indispensable que cuando los funcionarios encargados de la fase preparatoria reciben declaraciones deba estar presente el juez y el defensor, básicamente porque se trata de prueba útil únicamente para sustentar la acusación fiscal, mas no para la declaratoria de culpabilidad de un imputado, tarea que recae en el tribunal de juicio, el cual bajo el principio de inmediación de la prueba deberá evacuarla en el debate y valorarla de conformidad con las reglas de la sana crítica. Lo cierto entonces es que por el momento sí existen indicios graves, precisos y concordantes que señalan al amparado como probable autor de los ilícitos que se le atribuyen, además del peligro procesal que hace necesaria la medida cautelar decretada, y por lo tanto, la restricción a la libertad en que se encuentra no resulta arbitraria, en tanto además ha sido prorrogada oportunamente por el órgano jurisdiccional competente.

(S 169-01 de las 14: 41 hrs. del 09-01-01 de la SC).

3.6 PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA

3.6.1 Principio de libertad probatoria

Según el principio de libertad probatoria, se debe permitir cualquier medio legítimo de prueba en la investigación de los hechos que dan origen a un caso penal: todo se puede probar y por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley (artículo 182 del Código Procesal Penal). En ese sentido, no es posible descalificar anticipadamente ningún tipo de prueba, así como no se puede dar el carácter de plena prueba a ningún tipo de fuente. Las partes tienen

el derecho de ofrecer toda la prueba que consideren pertinente y necesaria, y el tribunal solo podrá rechazarla mediante resolución fundada, cuando la considere abundante o innecesaria (artículo 320 del Código Procesal Penal) o cuando la misma sea ilegítima.

Sobre dicho principio, con ocasión de una acción de inconstitucionalidad que se presentó contra el artículo 182 del CPP, la Sala Constitucional afirmó:

El principio de libertad probatoria, previsto en la norma impugnada, surge como contrapartida al principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo. Dicho principio deriva a su vez del principio de verdad material, que constituye uno de los fines del proceso penal –no así el único–. Según éste, todo se puede probar por cualquier medio, siempre que no sea ilegal. Ello por cuanto, en la estructura de un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo que no puede estar por encima de los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal, de manera que, no se trata de una verdad a ultranza sino obtenida por vías legítimas, sometida a limitaciones y por ello, se dice que lo que se alcanza en un proceso penal garantista es una verdad eminentemente formalizada o forense.

(S 12395-04 de las 14:53 hrs. del 03-11-04 de la SC).

El principio de libertad probatoria se enmarca desde dos dimensiones, el de la libertad de los medios de prueba y el de la libertad de objeto. La libertad de medios de prueba permite la utilización de cualquier medio probatorio, salvo, claro está, los expresamente prohibidos. En ese sentido, no solo se permiten los medios de prueba establecidos en la ley (testimonios, peritajes, reconocimientos, careos, etc.), sino también, cualquier otro que no esté previsto expresamente, siempre que no se supriman las garantías y facultades de las personas. Al respecto señala el artículo 234 del Código Procesal Penal:

Artículo 234.- Otros medios de prueba. Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos.

En cuanto a la libertad de objeto, esta implica que la actividad probatoria puede versar sobre cualquier hecho de importancia para la solución correcta del caso.

La libertad probatoria en ningún modo puede entenderse como una autorización para introducir elementos de prueba ilícitos o espurios al proceso, por cuanto se encuentra indisolublemente ligada al principio de legalidad de la prueba establecido en los artículos 181 y 175 del CPP.

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte ha resuelto reiteradamente que

En el sistema procesal penal vigente, rigen los principios de libertad probatoria –salvo prohibición legalmente expresa– y valoración conjunta o integral de todas las pruebas conforme a las reglas que impone la sana crítica racional, a modo de tutela y garantía para todas las partes del proceso de una justicia debida, objetiva e imparcial. Ello en atención al contenido de los artículos 1, 6, 142, 182, 184, 361, 363 inciso b) y 369 inciso d) del Código Procesal Penal, a los artículos 11, 39, 41 y 154 de la Constitución Política, a los artículos 1, 7 incisos 2)-3) y 8 inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 2, 9 párrafo 1) y 14 párrafos 1) y 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, esta Sala ya se ha pronunciado en sus resoluciones # 273-F-94, del 22 de julio de 1994; # 787-F-96, del 13 de diciembre de 1996; # 1108-2004, del 16 de septiembre de 2004 y # 2005-1315, del 18 de noviembre de 2005, indicando que, en efecto, los puntos objeto del proceso pueden demostrarse por cualquier medio en tanto éste sea lícito e idóneo y sea evaluado según las reglas del correcto entendimiento humano, sin que rija un sistema de prueba legal o tasada, en virtud del cual, un hecho sólo podría tenerse por acreditado si concurre determinado o determinados elementos con un específico valor probatorio previamente asignado por ley.

(S 601-06 de las 9:50 hrs. del 23-06-06 de la STC. En el mismo sentido, 527-06 de las 9:15 hrs. del 7-06-06, 349-06 de las 8:50 hrs. del 3-05-06 y 358-06 de las 9:40 hrs. del 3-05-06 de la misma sala. Pueden consultarse sobre el tema las sentencias 522-01, 523-01, 346-01, 862-00, 588-00 del Tribunal de Casación Penal).

Se ha señalado que la limitación probatoria no reside en la calidad o tipo de prueba respecto a un cierto hecho, sino en cuanto a su modo de obtención. Un acontecimiento o acción puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, incluso único, siempre que esa prueba resulte convincente, lo cual está subordinado a su coherencia interna y razonabilidad en un contexto histórico-social determinado. Consecuentemente, en general, no es posible establecer que para probar ciertos hechos deba necesariamente hacerse uso exclusivo de determinados elementos de prueba ni tampoco puede descartarse a priori su credibilidad. Así lo ha establecido nuestra jurisprudencia en los siguientes ejemplos:

- En el caso de los delitos de drogas, no se requiere necesariamente de una filmación u observación de las partes para tenerlos por acreditados, ya que pueden existir otros elementos que analizados conforme a las reglas de la sana crítica, le den fundamento a esa conclusión⁹¹.
- No es posible descartar a priori la fundamentación de un fallo en las declaraciones policiales⁹².

91 *"En este caso, si el colaborador había sido requisado previamente, fuera por la policía, la fiscal o el juez; si no había motivo alguno para pensar que, aunque no se le estuviera viendo, iba a adular la prueba; y si volvía con droga obtenida de un cierto sujeto, sencillamente era razonable concluir que efectivamente esa droga tenía el origen que se sospechaba. Lo anterior, independientemente de que no se hubiera podido filmar la transacción o que no fuera contemplada por los funcionarios judiciales (como sucede frecuentemente cuando esos operativos se desarrollan en espacios cerrados, a los que no hay acceso visual)".*

(S 567-06 de las 14:00 hrs. del 19-06-06 de la STC. En el mismo sentido, S 1468-04 de las 9:26 hrs. del 22-12-04 de la misma sala).

92 Así lo estableció la Sala Tercera de la Corte en un caso donde se cuestionó el hecho de que el tribunal se hubiera basado fundamentalmente en el testimonio policial: *"El último punto radica en que el testimonio policial no debe ser fundamental en una condenatoria, dice el defensor. No lleva razón: En un sistema de libertad probatoria como el estipulado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, los hechos pueden ser demostrados por cualquier medio probatorio, a condición de que sea legítima su obtención y convincente en sí mismo o con relación a las demás probanzas. En este caso, el testimonio de los policías no sólo resultó convincente en sí mismo, sino congruente con las otras pruebas que fueron producto del allanamiento y cuyos alcances fueron explicados líneas arriba, de tal suerte que el Tribunal pudo concluir con toda certeza en la veracidad de los hechos atribuidos a ambos justiciables, quienes [...] se dedicaban al expendio de droga mediante una distribución de funciones, sin que quepa duda al respecto, dada la contundencia de la prueba total recabada en esta caus."* (S 259-06 de las 16,40 hrs. del 27-03-06 de la STC).

En el mismo sentido se estableció en la sentencia 110-06 de las 14,30 hrs. del 20-02-06 de la STC: "Lo primero que debe acotarse es, que no es acertado argüir que los testimonios policiales no son válidos, a menos que encuentren sustento en otro elemento probatorio. En virtud del principio de libertad probatoria, instituido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, nada impide que algún hecho se pueda tener por cierto con base en el testimonio de un policía, que está sujeto solamente a las condiciones de credibilidad de cualquier otro testimonio. En este asunto, si no media razón alguna para dudar del dicho de los policías, y antes bien, este resulta congruente y confirmado por los otros elementos de prueba, es razonable creerlos."

- No es posible desechar como elemento probatorio el reconocimiento que espontáneamente se hace del imputado en el debate, porque en aplicación del principio de libertad probatoria, lo relevante no es el tipo o índole de prueba, sino que la credibilidad que ostente, ya sea en sí misma o en relación con otras probanzas⁹³.
- No es posible descartar un testimonio, solo porque se trate de un testimonio único⁹⁴.
- Para que se pueda tener por reconocido un objeto, no necesariamente debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 231 del CPP, pues se puede otorgar valor al reconocimiento espontáneo⁹⁵.

93 “[...] resulta evidente que el ocasional reconocimiento realizado en la audiencia, donde los testigos individualizan a los imputados, es un hecho inevitable que, de acuerdo con los principios de la inmediación de la prueba y de la oralidad, no pueden ser ignorados por el tribunal de juicio, pues no existe ningún impedimento legal para que una persona que declara en el debate identifique a otra, para especificar a quien se refiere, aún cuando señale a uno de los acusados. Lo anterior puede hacerlo el testigo de propia iniciativa o a requerimiento de una de las partes. Es cierto que esta indicación o señalamiento, desde el punto de vista probatorio, no puede ser equiparado a un reconocimiento judicial, pues este último debe realizarse siguiendo las reglas señaladas por la defensa, sin embargo nada impide que el Tribunal lo valore de conformidad con las reglas de la sana crítica racional y funde algunas de sus apreciaciones, en virtud del principio de libertad de la prueba”. (V-5-F, 9:00 hrs. del 7 de enero de 1994), de tal suerte que ninguna irregularidad se percibe en el act.”. (S 188-06 de las 8.45 hrs. del 13-03-06 de la STC).

94 En relación con el testimonio único se señaló: “[...] en lo que concierne al meollo de este reparo (la credibilidad del dicho de la menor y su indicación de que fueron tres agresiones sexuales los sufridos a manos del justiciable), debe decirse que no es atendible la inconformidad. Nada se opone a que en un sistema de valoración probatoria no tasada, sino de libre apreciación (sólo condicionada por la razonabilidad), una circunstancia o hecho se tenga por demostrado con base en un único elemento probatorio, como puede ser el testimonio de la ofendida; siempre que este sea coherente y verosímil, como sucede en el presente asunto (folio 104.”. (S 121-06 de las 15:50 hrs. del 20-02-06 de la STC. En el mismo sentido, S 1516-05 de las 8:35 hrs. del 23-12-05 ; 1240-05 de las 15:20 hrs. del 26-10-05; 858-05 de las 9:30 hrs. del 5-8-05; 833-05 de las 9:25 hrs. del 29-07-05; 703-05 de las 9:05 hrs. del 24-06-05; 665-04 de las 10:30 hrs. del 11-06-04; 997-04 de las 11:00 hrs. del 20-08-04; 752-04 de las 10:58 hrs. del 25-06-04 de la STC. En el mismo sentido, 946-02 de las 11:45 hrs. del 21-11-02 y 510-00 de las 12:00 hrs. del 05-07-00 del TCP).

95 “En el cuarto motivo se alega falta de fundamentación. En criterio del recurrente, el arma que se encontró escondida en los servicios sanitarios de la empresa de transportes “Tuasa”, no fue sometida a un reconocimiento de objetos según lo establece el artículo 231 del CPP, por lo que el reconocimiento de la misma por parte del ofendido como la utilizada en el robo carece de validez. **El reclamo no es atendible.** En nuestro proceso penal rige el principio de libertad probatoria. A pesar de que el artículo 231 de nuestro CPP prevé la diligencia de reconocimiento de objetos, el reconocimiento espontáneo hecho por el ofendido del arma puede ser valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, sobre todo si se toma en cuenta la existencia de ciertas marcas particulares de la misma, y el conocimiento que revela el ofendido sobre armas de ese tipo. En efecto, Federico Chaverri Suárez declaró: “Yo tengo un arma calibre 380, por el tamaño del cañón, por el tamaño del diámetro creo que era una escuadra calibre 380, yo la vi bien, vi que era de color negro y estaba descapelada, yo vi el arma cuando apareció en Alajuela, encima del cañón tenía unos puntos rojos como de esmalte de uña, por eso la identifiqué con absoluta certeza” (ver folio 224). Ante estos detalles tan particulares, y ante el hecho de que el ofendido fuera poseedor de un arma del mismo calibre, ese reconocimiento, en aplicación de las reglas indicadas, es totalmente aceptable como un elemento más a valorar dentro del acervo probatorio, como lo hizo el tribunal”. (S 1468-05 de las 10:00 hrs. del 19-12-05 de la STC).

- En los casos relacionados con sustracción o utilización de determinados objetos (por ejemplo: armas), aunque los mismos no hayan sido recuperados, ni se hayan decomisado; puede acreditarse su existencia mediante otros elementos de prueba⁹⁶.
- Para determinar la credibilidad de los ofendidos en delitos sexuales, no se requiere contar necesariamente con una valoración psicológica o
- Para que se acredite el acceso carnal o en general un hecho de naturaleza sexual, no se requiere necesariamente de una pericia médica⁹⁷.
- En el caso de la imputabilidad, no siempre se requiere de una pericia que la acredite, pudiendo el tribunal, en la generalidad de los casos, determinarla por su propia valoración durante el juicio⁹⁸.

96 “[...] nada impediría que en un caso específico donde no se haya recuperado el arma utilizada en el asalto, tal circunstancia pudiera tenerse por demostrada a partir de otros elementos evacuados en juicio y valorados conforme a las reglas de la sana crítica, por ejemplo, la prueba testimonial, máxime cuando -como sucede en la especie- existen sobradas razones que explicarían el por qué aquella no se pudo incautar”.

(S 1174-05 de las 10:00 hrs. del 14-10-05 de la STC).

97 “En el último motivo del recurso por el fondo se alega errónea aplicación del artículo 156 del Código Penal. Estima que se da la referida infracción toda vez de que no existe una prueba técnica que indique que la ofendida fue violada. El reclamo debe ser declarado sin lugar. Nuestro proceso penal no se rige por un sistema de prueba legal o prueba tasada. En el mismo opera el principio de libertad probatoria, de manera que para demostrar el acceso carnal no se requiere, necesariamente, de una prueba pericial. En todo caso, el Dictamen Médico Legal No. 1717-02 establece que el himen de la menor ofendida es dilatable (ver folios 6 y 7), lo cual es compatible con el hecho de que haya sufrido una penetración, ya que la referida pericia indica que permite el paso de dos dedos y recupera su forma anterior”.

(S 999-05 de las 9,30 hrs. del 02-09-05 de la STC).

“Por otra parte, en cuanto al cuestionamiento que el quejoso formula sobre la pericia médica de folio 11, debe recordarse que en nuestro medio prevalece el principio de libertad probatoria (Art. 182 CPP). En otras palabras, no se exige que, para demostrar un hecho de naturaleza sexual, se requiera siempre de la existencia de un dictamen médico expedido por un profesional en medicina forense que así lo corrobore. El Juzgador puede perfectamente, a través de otros medios probatorios legítimos, como ocurre en este caso, determinar si los hechos ocurrieron conforme fueron denunciados o acusados”.

(S 31-05 de las 10,00 hrs. del 28-01-05 de la STC).

98 “[...] también la imputabilidad es, entre otras circunstancias, una cuestión que los juzgadores pueden, más allá de los citados dictámenes, probar por otros medios de convicción, incluyendo su percepción personal. Si de estos surge que la persona posee las condiciones de discernir entre la bondad o maldad de sus acciones, de conformidad con el artículo 182 del mismo código, puede tenerse por demostrada. Ahora bien, el criterio experto será necesario cuando se trate de casos límite o complejos, en los que se precisa un mayor rigor para determinar si esa persona tiene la capacidad judicativa o en qué vicisitudes la posee”.

(S 589-04 de las 9.15 hrs. del 28-05-04 de la STC. En el mismo sentido, S 283-04 de las 9.50 hrs. del 26-03-04). Sobre los casos donde necesariamente se requiere una pericia experta: “[...] no es cierto que el principio de libertad probatoria pueda aplicarse a los casos en que se requiere de conocimiento técnicos en la materia, ya que el problema no es sobre los medios de prueba que se puedan o deban utilizar, sino respecto a los criterios para establecer una conclusión determinada sobre un hecho, en este caso concreto el estado mental del acusado, es un hecho que requiere de comprobación mediante el auxilio pericial respectivo [...]”.

(S 874-04 de las 9:10 hrs. del 23-07-04 de la STC).

- Para acreditar la propiedad de un vehículo no se requiere necesariamente de una certificación registral⁹⁹.

99 *"Lo anterior evidencia que el juzgador parte de que la única forma de demostrar la propiedad del vehículo es por medio del Registro Público de la Propiedad, con base en el artículo 5 de la Ley de Tránsito, posición que no es compatible con la libertad probatoria que asume el artículo 182 del Código Procesal Penal, conforme al cual el objeto del proceso penal puede probarse por cualquier medio lícito, debiendo valorarse conforme con las reglas de la sana crítica, según lo dispone el numeral 184 del mismo código. Esta libertad probatoria no excluye la materia propia de la acción civil resarcitoria, inmersa en el proceso penal. De modo que no puede afirmarse en forma categórica que solo en forma registral podría probarse la propiedad del vehículo, sin violentar ese numeral. (En este sentido los Votos 522-F-96 y 53-F-99, del Tribunal de Casación Penal, también los Votos 435-F-92 y 2000-586, de la Sala Tercera). Es claro que ello no implica que cualquier información le permita al juzgador concluir quien es el propietario de determinado automotor, sin lugar a dudas, pues ello depende de la calidad del elemento probatorio en tal sentido".*

(S 27-05 de las 9:55 hrs. del 27-01-05 del TCP).

CASOS RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

LIBERTAD PROBATORIA - Acreditación de existencia de arma por otra prueba distinta del decomiso.

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de casación contra la sentencia que declaró a su defendido autor responsable de un delito de tentativa de robo agravado en perjuicio de F.M.H. y de un delito de robo agravado en agravio de J.A.V. y, que como consecuencia de ello, le impuso una sanción de tres años de prisión por el primero y cinco años de prisión por el segundo, para un total de ocho años de prisión.

Como uno de los motivos del recurso sostuvo que el ofendido J.A.V. señaló que su defendido lo amenazó con una lima; no obstante, consideró que al anularse el acta de decomiso de la lima y debido a que nadie más observó la utilización de dicho instrumento, no pudo tenerse por cierto que el mismo mediara en el robo perpetrado contra ese ofendido. Cuestionó la tesis planteada por el a quo en el sentido de que la existencia de la lima se derivaba de una fuente independiente al acta de decomiso, como lo es la declaración de J.A.V.

¿Considera usted que podría utilizarse la declaración del ofendido para acreditar la existencia del arma, a pesar de la anulación del acto de decomiso? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

El reclamo no es de recibo: Ciertamente, a folio 142 se observa la decisión del Tribunal de instancia de anular el acta de decomiso de la lima, por considerar que en efecto, dicho objeto fue recibido de manos de un inspector de tránsito que no se sabe quién es ni dónde la encontró. Lo que sucede es que la explicación ofrecida por el a quo para justificar la acreditación del uso de arma en este caso, sí se ajusta a derecho. Explica el a quo, que la mención de la lima no se hizo sólo en el caso en que A.V. figura como ofendido, sino que también se hizo en el que aparece como perjudicado M.H. En el primer asunto, que es el que aquí se cuestiona, ciertamente destaca el cuerpo juzgador

la declaración del ofendido como esencial para acreditar la existencia de dicha arma y la utilización de la misma y ello se debe a que el menor expresamente mencionó esos aspectos. Pero eso es legítimo, pues se le creyó al testigo su relato en cuanto al punto, por lo que sí hay prueba independiente del decomiso que se refiere a la existencia y el uso de la mencionada arma. Así, aún prescindiendo de lo que consta en el registro anulado, el testimonio de un testigo presencial del hecho es válido para determinar en qué circunstancias ocurrió el robo, lo que resulta conforme a los lineamientos del artículo 182 del Código Procesal Penal.

(S 197-06 de las 9:30 hrs. del 13-03-06 de la STC).

LIBERTAD PROBATORIA - Acreditación de lesiones a través de prueba testimonial

Síntesis del caso

El sentenciado interpone un recurso de revisión contra el fallo que condenó a cinco años de prisión por el delito de robo agravado y tres años de prisión por el delito de lesiones graves, para un total de ocho años de prisión. En la única causal admitida de su procedimiento de revisión, el sentenciado F.G.M. acusa *violación al debido proceso por preterición de prueba esencial para fundamentar la condena en relación con el delito de lesiones graves*.

En apoyo de su gestión, indica que nunca se contó con prueba documental alguna que demostrara que el agraviado había recibido atención médica el día de los hechos, como lo hubiera sido una epicrisis expedida por el servicio de emergencias en Siquirres y por el Hospital de Limón, o una constancia de incapacidad para determinar, en primer lugar, si [el ofendido] sufrió fracturas y de ser así, si las mismas fueron causadas por el gestionante. Indica que el ofendido se había fracturado en años anteriores y que en esta ocasión no sufrió fractura alguna, y que se enyesó para simular que había sido atacado. Agrega que a pesar de que se hizo mención de las radiografías practicadas en el hospital, estas nunca se aportaron al expediente.

El tribunal tuvo por demostrado que el 6 de junio de 1998, aproximadamente a las 23:00 horas, el ofendido [...] caminaba por los alrededores del barrio Siquirritos,

en compañía de M.E.J.V. y R.U.A., en dicha ocasión, el imputado, en compañía de tres menores de edad, interceptaron al agraviado y sin justificación alguna y de común acuerdo, lo atacaron, golpeándolo en diferentes partes del cuerpo, por lo que este cayó al suelo, donde lo continuaron pateando. Como consecuencia de ello, le ocasionaron varias lesiones en la cara y la fractura de su pierna derecha. Según se desprendió de la sentencia, la víctima fue auxiliada por U.A., quien lo llevó a la Clínica de la Caja Costarricense del Seguro Social en Siquirres y –por la gravedad de las lesiones– fue trasladado al Hospital de Limón. El aquo basó sus conclusiones en el relato del perjudicado [...] y en el de los testigos J.V. y U.A., a quienes se les otorgó plena credibilidad al relatar que

[...] al transitar por la localidad de Siquirritos, fueron interceptados en la vía pública por un grupo de personas, entre cinco y seis, de los cuales uno de ellos es el imputado, quienes procedieron a agredir al ofendido, logrando tirarlo al suelo, en donde continuaron pateándolo entre todos, hasta producirle la fractura de su pie, ya que ambos testigos lograron observar como el señor Tercero yacía en el suelo sin poder levantarse a causa de la quebradura de su pie derecho [...].

¿Cómo contestaría la audiencia? ¿Estima que era esencial contar con prueba médica para acreditar las lesiones?

Decisión del tribunal

[...] el sentenciado extraña la epicrisis expedida por el servicio de emergencias en Siquirres o por el Hospital de Limón, o alguna constancia de incapacidad, así como las radiografías practicadas a la víctima en el centro hospitalario. Efectivamente ninguno de esos documentos consta en los autos. Sin embargo, contrario a lo que estima el sentenciado, ello no es un extremo que venga a poner en entredicho la conclusión arribada por los juzgadores, en tanto que lo que se pretendía corroborar con dicha prueba, era si él fue el causante de las lesiones soportadas por T.Q. y si este ciertamente recibió atención médica el día del suceso y si sufrió fracturas, siendo que tales aspectos fueron resueltos con base en otra prueba, que en virtud del principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, resultó suficiente para determinar la responsabilidad penal de

G.M. por el delito de lesiones graves por el que se le condenó y se le impuso una pena de tres años de prisión. Cabe señalar, que lo que plantea el gestionante respecto a que el ofendido se había fracturado en años anteriores, sugiriendo que en esta ocasión no sufrió fractura alguna y que se enyesó para simular que había sido atacado, no tiene sustento alguno, ni incide en lo resuelto por los Juzgadores. Ahora, si bien resulta ser cierto, la prueba cuya omisión acusa el sentenciado, hubiera permitido tener mayor claridad sobre la fecha y los lugares en los que fue atendido el agraviado, así como de los resultados de los exámenes practicados a éste, lo cierto es que no era determinante, máxime que de la sentencia se extrae cuál fue la prueba utilizada por los Juzgadores y los razonamientos consignados por éstos para sustentar su decisión. Así, como se deriva del fallo, el a-quo basó sus conclusiones en el relato del perjudicado T.Q. y en el de los testigos J.V. y U.A., a quienes se les otorgó plena credibilidad [...]. En criterio de esta Sala, los argumentos del a-quo se ajustan a las normas del correcto entendimiento humano, ya que además de relacionarse entre sí los testimonios ofrecidos como prueba de cargo, también se analizó la prueba ofrecida por la defensa, consistente en el dicho de A.C.H., relato que fue desechado por considerarse que presentaba contradicciones e inconsistencias.

(S 1529-05 de las 9:55 hrs. del 23-12-05 de la STC).

LIBERTAD PROBATORIA - Demostración de fractura de ventana con prueba testimonial

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su representado a cinco años de prisión por el delito de robo agravado. En concreto, el defensor señala que el tribunal se apoyó en las declaraciones de la ofendida y su amigo J.J.U.J. para determinar si el encartado fracturó las celosías de una ventana al ingresar a la vivienda de ella. Según el impugnante, aunque está de acuerdo en que el tribunal puede otorgarles credibilidad a esos testimonios para fundamentar una condena, no está de acuerdo en que

[...] la fractura de la ventana sea determinada únicamente por estos testimonios. Porque; quién garantiza que las celosías estuviesen así o no antes del robo? Quién garantiza que las celosías no estuviesen astilladas antes del evento? Por que de ser así la fuerza que utiliza mi defendido no es tal y con ello se distorsiona su calificación legal a su favor. Nótese que la propia ofendida manifestó que el OIJ local llegó y realizó una inspección policial -sin saber si se levantó acta o no- pero esa prueba nunca fue ofrecida ni aportada legalmente al juicio. [...] Para esta representación no cabe duda que el sólo dicho de unos testigos, por más credibilidad que le otorgue el Tribunal, sin un elemento demostrativo: acta, video, fotografía, etc., no es suficiente [...] (cfr. folios 109 y 110 fte.).

Más adelante, el defensor reitera que sin una inspección no puede tenerse por demostrado el uso de fuerza en las celosías. Agrega que la ofendida manifestó que las celosías fueron quebradas o astilladas en sus esquinas, sin mencionar de manera alguna los soportes o cejillas. Por su parte, el testigo U.J. indicó que una celosía estaba quebrada y, por lo menos, seis estaban desmontadas, sin referirse tampoco a las cejillas. Para el defensor, el tribunal no analizó esa contradicción. Además, señala nuevamente que la carencia de una inspección impide garantizar el estado de las celosías antes del robo.

¿Estima usted que la inspección era una prueba indispensable para acreditar la ruptura de las celosías? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

En primer término, las afirmaciones del impugnante en el sentido de que antes de cometerse el ilícito las celosías pudieran estar quebradas, son meras especulaciones carentes de respaldo probatorio y que además se contraponen con las reglas de la experiencia, pues ningún propietario o habitante de una vivienda va a quitar las celosías de una ventana, para dejarlas expuestas en un lugar donde pueden sufrir daños. Asimismo, el defensor en su reclamo parte de una premisa falsa, en concreto, creer que si se hubiese inspeccionado el lugar y levantado un acta, o bien se hubiesen tomado fotografías o un vídeo de las celosías, podría establecerse cuál era su estado antes de ejecutarse la sustracción, inferencia que a todas luces es

absurda, pues como él mismo reconoce, esos registros se habrían elaborado con posterioridad a la comisión del ilícito. Además de las razones expuestas, el reclamo tampoco es de recibo, pues en el proceso penal vigente no existe prueba tasada, sino por el contrario, impera el principio de libertad probatoria, según el cual los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, pueden demostrarse empleando cualquier medio probatorio, siempre y cuando sea lícito (artículo 182, Código Procesal Penal). Por esta razón, es correcto que el Tribunal acreditara el uso de fuerza sobre las celosías de la vivienda de la víctima, basándose únicamente en prueba testimonial, a saber, en las declaraciones de Y.A.A., J.J.U.J. y F.S.A. Con relación a los testimonios de A.A. y U.J., hay que indicar que es imposible contar con declaraciones idénticas de todos los testigos, pues los procesos de percepción, memorización y evocación de los hechos, son diferentes entre un individuo y otro, debido a factores tales como la ubicación y concentración, entre otros. Aclarado esto, estiman los suscritos Magistrados, que las contradicciones apuntadas por quien recurre en los relatos mencionados, son sólo aparentes y se explican de manera precisa por la forma en que cada quien apreció los acontecimientos. En concreto, A.A. manifestó que: “[...] las celosías estaban zafadas, partecitas de las esquinas estaban quebradas, estilladas (sic.), estaban colocadas en unos helechos, otras en la acera. [...] Habían varias celosías despegadas, no sé cuantas. El OIJ llegó a hacer inspección, vieron las celosías y vieron todo, ese mismo día llegaron. No vi que levantarán huellas, se fijaron estuvieron ahí. [...] Algunas celosías estaban puestas, arriba quedaron una o dos. Tenían las puntas quebradas y las cejillas abiertas.”, (cfr. folios 85 y 86 fte.). Por su parte, J.J.U.J. afirmó que: “[...] cuando nos acercamos a la casa vimos las celosías quietadas (sic.) y una quebrada, cuando yo me asomé, vi a David que iba saliendo del cuarto de mi novia [...] Las celosías eran del cuarto del hermano de mi ex novia. Es una ventana como de metro y medio de alto y metro y medio de ancho, tenía celosías, estaban desmontadas en el suelo y una quebrada, faltaban unas 6 o 7 celosías.”, (ver folio 90 fte.). Como se aprecia, con más o menos detalles en el relato (pues como se apuntó, cada quien percibe los hechos de distinta manera) ambas personas coinciden señalando la remoción de varias celosías de la ventana y que éstas presentaban daños. Así las cosas, no existe ninguna divergencia que ameritara un

*análisis profundo de parte del Tribunal. En el mismo sentido, tratándose del daño causado al herraje que sirve de soporte a las celosías, cabe recordar al defensor, que además de la ofendida A.A., el testigo F.S.A. también se refirió al respecto (cfr. folio 87 fte.). Por esa razón, tampoco podría sugerirse que sólo la primera mencionó su existencia. En virtud de lo anterior, **se declara sin lugar** el presente recurso de casación”.*

(S 1022-05 de las 9:20 hrs. del 09-09-05 de la STC).

LIBERTAD PROBATORIA - Versión de ofendido en delitos sexuales

Síntesis del caso

La fiscal interpone un recurso de casación contra la sentencia que absolvió de toda pena y responsabilidad a J.M.A.C., porque estima que se produjo una violación a las reglas de la sana crítica. Señala que el a quo, por un lado, afirma que la declaración de la ofendida es bastante explícita y logra ubicar al tribunal en tiempo y espacio, exponiendo una serie de hechos ilícitos bien relacionados, acordes con lo investigado y que se ejecutaron sistemáticamente en su perjuicio. Por otro lado, concluye que el relato de la menor no les merece credibilidad. Agrega que la jurisprudencia ha indicado que en materia de delitos sexuales basta la versión de la persona ofendida para determinar la realidad de los hechos. Es básico que los jueces valoren si el relato es veraz, sincero, creíble o si existen contradicciones que hagan dudar de su veracidad. Además, se cuenta con el testimonio de la madre de la menor que también le permite al tribunal ubicarse en tiempo, modo y espacio. El tribunal consideró en sentencia:

Ahora bien, se ha traído a declarar a la testigo A.I.A.M., madre de la menor ofendida y coincide en que su hija llegó a su casa de habitación en una fecha no determinada y llorando le dijo que el maestro la había tocado, por consiguiente, en forma inmediata presenta la denuncia ante las autoridades judiciales respectivas. Si bien es cierto el relato de la menor es bastante explícito logrando ubicar a este Tribunal en tiempo y espacio; exponiendo una serie de hechos ilícitos bien relacionados, acordes con lo investigado y que se ejecutaron sistemáticamente en su perjuicio, lo cierto también resulta que esta versión no le merece completa fe a este Tribunal, ya que la ofendida en su respectiva deposición expone situaciones que más bien permiten dar cabida a

considerar que en realidad los hechos no se presentaron en la forma tan malsana como lo pretende acreditar la menor, tanto así que, resulta sumamente extraño que éstos se ejecutaran delante de varios niños, compañeros de la menor ofendida, y que para ese preciso momento se encontraban dentro del aula, además de ello, estos menores también se encontraban rodeando al maestro y a la ofendida, situación que es corroborada por ambas partes. Otro factor que incide directamente en la decisión de estos Juzgadores la representa el hecho de que la menor -según su dicho es tocada impúdicamente- pero, no se aporta prueba fehaciente que confirme su versión, lo cual llama poderosamente la atención ya que la propia menor informa que una de sus compañeras le dijo “verdad que te tocó el trasero”. Y en todo caso, al encontrarse otros menores alrededor del maestro y la ofendida; es claro que pudiesen haber observado los hechos tal y como los describe la menor, -si es que sucedieron- sin embargo, a pesar de la cantidad de aparentes testigos presenciales de los mismos, ninguno fue ofrecido por la Representación del Ministerio Público. Por otro lado, no se ha contado con las respectivas pericias médicas, que si bien es cierto no tienen carácter vinculante para efectos de resolver y fundamentar esta sentencia, lo cierto resulta que como instrumento técnico-científico, aporta un elemento de juicio más [...].

¿Considera usted que el criterio del tribunal es razonable? ¿Será suficiente el relato de la menor para tener por acreditado el ilícito?

Decisión del tribunal

[...] estima esta Sala que el Tribunal no valoró la prueba recibida con apego a las reglas de la sana crítica, toda vez que le restó validez probatoria a la declaración de la agraviada valiéndose de argumentos que no conducen necesariamente a esa conclusión. En ese sentido, señala el fallo de mérito: Como se observa, pese a que el a quo consideró que el relato de la niña es explícito, concatenado (al relacionar bien los hechos que relata), acorde con lo investigado, ubicado en tiempo y espacio y por último, coincidente con el de A.I.A.M., le resta credibilidad básicamente por tres razones: 1.- Porque al momento de los hechos había otros menores de edad presentes. 2.- Porque no se aportaron otros testigos de lo sucedido pese a que los había. 3.- Porque no se

cuenta con una pericia psicológica que lo respalde. Analizados estos razonamientos, estima esta Sede que los mismos no son acordes a las reglas del correcto entendimiento humano, pues en primer término, el hecho de que hubiese otras personas no excluye la posibilidad de que el ilícito se haya cometido en la forma que relata la víctima. En ese sentido, no podemos perder de vista que la niña siempre ha sido clara al indicar que había otras personas, agregando que el imputado le pidió acercarse, momento que aprovechó para abrazarla de la cintura y luego, bajar la mano para tocarle “el trasero” (folio 146 frente). Como se aprecia, la menor de edad le atribuye al encartado un tocamiento que ocurre discretamente, de ahí que no pueda restársele credibilidad a su versión basándose en la sola presencia de otras personas que no incluso, podrían no haber estado atentas a lo que estaba sucediendo. Sobre los otros dos extremos que menciona el Tribunal, cabe apuntar que de la ausencia de otras probanzas no se extrae que la ofendida esté mintiendo o mal interpretando un acercamiento del imputado (que en todo caso, éste negó por completo, cfr. folio 146 frente). Finalmente, basta observar que el Tribunal, en vez de señalar por qué considera que el relato del imputado merece mayor credibilidad que el de la ofendida G.A, o bien por qué estima que la contradicción entre ambos crea una duda a favor del primero, se limita a indicar que no se contó con mayores elementos de prueba que respalden el dicho de la niña, ignorando de las decisiones que se toman en los procesos penales, dado el principio de libertad probatoria, no depende de una cuestión de cantidad, sino de la relevancia que de conformidad con las reglas de la sana crítica, pueda dársele a cada una las probanzas recibidas. En este punto, los suscritos Magistrados quieren dejar claro que no estamos adelantando criterio con relación a la responsabilidad que le quepa al encartado. Lo único que se busca es que el Tribunal no acuda a razonamientos erróneos para darle sustento a su decisión. Por esta razón, se acoge el presente recurso. Se anulan la sentencia y el debate que le dio origen y se ordena el respectivo juicio de reenvío ante el Tribunal correspondiente, para su nueva sustanciación con arreglo a Derecho. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo del recurso.

(S 231-05 de las 8:45 hrs. del 01-04-05 de la STC).

LIBERTAD PROBATORIA - Acreditación de reconocimiento de imputado aunque el reconocimiento judicial no fue positivo

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a seis años de prisión por el delito de robo agravado. En el primer motivo del recurso, reclama fundamentación contradictoria de la sentencia; indica que se violentaron los artículos 142, 184, 361, 363 y 369 todos del Código Procesal Penal. Señala que los fundamentos de la sentencia son contradictorios, porque a pesar de que los juzgadores afirman que el imputado tiene características físicas particulares; pero como no fue positivo el reconocimiento, le otorgan credibilidad solo a la descripción previa que hizo el ofendido de quien lo asaltó. Afirma el imputado que

[...] la fundamentación contradictoria se conforma cuando los Juzgadores por un lado le otorgan total credibilidad a la descripción física que realiza el ofendido y por otra le restan importancia al resultado del mismo.

Por tanto, solicita que se decrete la ineficacia del fallo y se ordene una nueva sustanciación. El tribunal sentenciador señala que la descripción física que hizo el ofendido previamente coincide con las características físicas del imputado, a pesar de que el reconocimiento no resultó positivo.

¿Considera usted que la prueba del reconocimiento era decisiva? ¿Descarta la participación del imputado en los hechos?

Decisión del tribunal

Se declara sin lugar el motivo. En primer lugar, es necesario señalar que el vicio de fundamentación contradictoria existe cuando la sentencia contiene partes, elementos, afirmaciones o conclusiones que se excluyen entre sí, al punto que no pueden coexistir, restándole valor a la fundamentación de la sentencia, pero no cuando existan elementos de prueba que se opongan entre sí, o contradigan conclusiones del fallo. También es frecuente que existan elementos de prueba contradictorios, no coincidentes, y que el Tribunal deba apreciarlos con base en las reglas

de la sana crítica para sustentar sus conclusiones, pero no constituye el vicio de fundamentación contradictoria el hecho de que una de las pruebas no coincida con las conclusiones del fallo que se ha sustentado en otros elementos de prueba. Precisamente esta es la situación que se presenta en este caso; por un lado existe el reconocimiento judicial practicado al imputado, por otro la prueba testimonial tanto del ofendido como del oficial que practicó la detención. Si bien es cierto, el reconocimiento judicial no fue positivo, los Juzgadores consideraron que esta circunstancia no eliminaba otros elementos de prueba en contra de M.M., que les permitió establecer su responsabilidad en los hechos. En ese sentido tomaron en cuenta que la descripción física que hizo el ofendido previamente coincide con las características físicas del imputado, aspecto que por la inmediatez del debate es válido considerarlo, sobre todo si no es la única prueba que se utilizó. La sentencia contiene una adecuada explicación del por qué ese reconocimiento judicial no le permitió al ofendido señalar a la persona que había cometido el hecho, para esto tomaron en cuenta el tiempo transcurrido y la forma en que se dio el robo, (ver folio 147 frente y vuelto) En todo caso el reconocimiento judicial no puede tener un valor probatorio tal, que si resulta negativo no se pueda afirmar la responsabilidad del acusado, puesto que, por el principio de libertad probatoria, los Juzgadores están obligados a considerar todos los elementos de prueba confrontándolos entre sí, para derivar las conclusiones que el análisis de ese material les permita. Por estas razones se rechaza el motivo.

(S 919-04 de las 10:50 hrs. del 30-07-04 de la SC).

3.6.2 Principio de legitimidad de la prueba

De los principios de inocencia y debido proceso surge el principio de legitimidad de la prueba. El derecho que se debe probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno o simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que tienen como sentido, la defensa de principios básicos en una sociedad democrática. Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado que el principio de legitimidad de la prueba es un derecho esencial de todo imputado:

[...] constituye un derecho esencial de todo imputado, el de ser juzgado con base en pruebas legítimamente obtenidas e incorporadas al proceso de conformidad con los requisitos establecidos por la legislación vigente. Lo anterior obliga al juzgador a incorporar al proceso los elementos probatorios, llámense declaraciones testimoniales, confesionales o periciales, dictámenes, intervenciones telefónicas, que hayan sido obtenidos en forma legítima, para que la resolución final se adecue a uno de los contenidos sustanciales del debido proceso, como lo es el derecho del condenado a una sentencia justa. En caso contrario, sea que la prueba no reúna los requisitos legales y se convierta en ilegítima, deberá de abstenerse de valorar la misma” (sentencia número 1422-94, de las quince horas veinticuatro minutos del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y cuatro) Corolario de lo anterior, resulta contrario al principio del debido proceso, tomar en cuenta prueba ilegítima para fundamentar un fallo condenatorio.

(S 2837-00 de las 14:51 hrs. del 29-03-00 de la SC. En el mismo sentido, S 5911-01 de las 15:23 hrs. del 03-07-01; 523-99 de las 14:48 hrs. del 27-01-99, 2605-99 de las 15:39 hrs. del 13-04-99 de la misma sala).

Este principio se extrae de lo dispuesto en los artículos 181, 175 y 178 del CPP e implica que la prueba solo tendrá valor si fue obtenida por un medio lícito e incorporada al procedimiento conforme a las disposiciones legales. El artículo 181 párrafo 1) refiere:

Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

De esa norma se desprende que la ilegalidad de la prueba puede originarse en dos motivos: por la irregular obtención de la prueba (prueba espuria o ilícita) o, bien, por su irregular incorporación al proceso (por ejemplo: violación a la cadena de custodia).

El artículo 181, en su párrafo segundo, contiene además una especie de sanción para el Estado, al señalar que

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.

Se procura con esta disposición desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación. Fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional, en virtud de haberse interpuesto una acción de inconstitucionalidad. En esa sentencia, se estimó que el artículo 181 sanciona la utilización de medios probatorios ilícitos, lo cual refuerza con lo dispuesto en el párrafo segundo, en el sentido de que dichos elementos probatorios no pueden utilizarse para perjudicar al imputado; pero sí mantienen su capacidad probatoria para beneficiarlo. De esta manera, se permite utilizar la prueba derivada de tales actos, si favorece al imputado, porque la prohibición de utilizar prueba ilícita es una garantía prevista precisamente para el imputado, por lo que puede ser valorada en cuanto le beneficie. El sentido de esta regla no es propiciar, permitir ni incentivar, en modo alguno, la utilización de esa prueba. El Estado no puede producir ni utilizar prueba espuria para investigar los delitos. Sin embargo, si a pesar de eso sus agentes lo hacen e infringen esa garantía erigida a favor del imputado, el legislador previó la posibilidad de que el juez la tome en consideración; pero solo en cuanto lo beneficie, por ser él el titular o portador de ese derecho. (S 6511-02 de las 14:52 hrs. del 03-07-02 de la SC).

Por su parte, el artículo 175 del CPP establece que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el derecho internacional o comunitario vigentes en Costa Rica y en el código.

El artículo 178 califica este tipo de errores como “defectos absolutos”, los cuales no pueden ser objeto de convalidación por aparejar lesión a derechos y garantías fundamentales.

La prueba ilícita o espúrea

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención

coactiva del Estado a través del derecho penal, en el contexto de una sociedad donde confluyen valores e intereses que pueden visualizarse como antagónicos: la defensa de la libertad por una parte y la defensa de la seguridad, por otra. En un Estado democrático de derecho, la opción siempre debe ser el respeto de las garantías, incluso a costa de la impunidad de los culpables porque *la justicia penal en ausencia de garantías genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables*¹⁰⁰.

Por tanto, en el diseño acusatorio del sistema penal que nos rige, los fiscales están obligados a ser los primeros custodios del respeto de las garantías de las partes en el proceso y de ahí derivará el resultado final de las investigaciones que realicen.

Con el concepto de prueba ilícita se hace alusión a todos aquellos elementos de prueba obtenidos con violación a derechos y garantías fundamentales, abarcando no solo la prueba directamente obtenida, sino además, toda la que deriva de esta. En el derecho continental europeo, el tema de la prueba ilícita es estudiado bajo el nombre de “*prohibiciones de valoración probatoria*” y en el derecho anglosajón bajo la denominación de “*exclusionary rule*” (regla de exclusión), “*supression doctrine*” (doctrina de la supresión), con su extensión al “*fruit of the poisonous tree*” (fruto del árbol envenenado)¹⁰¹.

En cuanto a la prueba directamente obtenida a raíz de una violación a un derecho o garantía constitucional, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido unánimes en el sentido de que no puede conferírseles ningún valor, porque no es lícito que la justicia pueda aprovecharse de ningún acto contrario a la ley, sin que incurra en una contradicción fundamental. En un sistema de justicia democrático, no es lícita la utilización de cualquier medio para lograr los fines, solo puede echarse mano de los que son legítimos, en virtud de la dignidad y libertad humana que son valores supremos. La averiguación de la verdad real no puede efectuarse en detrimento o a ultranza de los derechos fundamentales de las personas; específicamente del imputado, quien es la persona que sufre, por causa del proceso, el mayor menoscabo de derechos.

100 Risi, Paolo, citado por Ferrajoli, óp. cit., p. 604.

101 Maier, Julio, óp. cit., p. 463.

La discusión ha girado entonces más bien en relación con el efecto mediato de la prueba espuria; es decir, en cuanto a si puede o no utilizarse la prueba derivada de la ilícita, para cuya obtención se hayan respetado los procedimientos legales y constitucionales. Se han dado varias posiciones al respecto¹⁰²:

1) Doctrina tradicional: Según esta posición deben admitirse y valorarse las pruebas ilícitas por considerar superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva a causa de un formalismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del imputado en el caso concreto (juez Cardozo). Se introduce como corrector, la sanción del particular que ha infringido la Constitución o la ley para presentarla al proceso e igual para el funcionario público que, prevaleciéndose de su puesto, obtenga la prueba ilícita.

2) Doctrina del fruto del árbol envenenado: Esta doctrina sigue los argumentos del juez Holmes y de la Corte Warren en los Estados Unidos. Mantiene una posición contraria a la anterior, por cuanto excluye no solo la prueba ilícita, sino también sus frutos. Esta es la solución que, a través de una serie de fallos famosos de la Suprema Corte estadounidense, culminó en la sentencia del caso Mapp versus Ohio de 1961.

3) Excepciones: Como excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, se ha admitido que pueden valorarse pruebas derivadas de la ilícita en determinadas circunstancias, se originaron así las siguientes posiciones:

3.1 Teoría de la fuente independiente: La “independent source” o teoría de la fuente independiente justifica la independendencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra. Surge como un correctivo en la jurisprudencia norteamericana, según el cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales; pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, pues la prueba se desprendió de otro elemento y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución.

102 Puede consultarse en cuanto a este tema: Armijo Sancho, Gilbert A. Garantías Constitucionales. Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal. 1 edición, San José, Colegio de Abogados, 1997, pp. 142-144.

3.2 Teoría del hallazgo o descubrimiento inevitable: La doctrina del hallazgo inevitable o “inevitable discovery” pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa “inevitabilidad” justifica su admisión y no produce ningún efecto disuasorio sobre la Policía o los fiscales, por cuanto se considera que tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión¹⁰³. De manera que si se llega a demostrar que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto u obtenido en forma inevitable o segura a partir de las investigaciones legítimas que ya se estaban llevando a cabo en ese momento, aquella será válida. Se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso.

3.3 Teoría de la supresión hipotética: Según esta teoría, cuando se suprime la irregularidad, es razonable pensar que si de hubiera obrado correctamente, se habría arribado también al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, incluso en perjuicio del titular de la garantía. Señala Julio Maier que se debe operar a conciencia que el método de la supresión mental hipotética consiste, como su propio nombre lo indica, en una hipótesis, es decir, en imaginar lo que hubiera sucedido, razonablemente, si descartamos mentalmente algo que realmente sucedió, por lo tanto, *“no consiste en la descripción de una realidad –que ya operó de determinada manera–, sino, por el contrario, en una ficción, en la predicción racional de lo que hubiera ocurrido –y que no ocurrirá jamás– si uno de los elementos reales hubiera faltado”*¹⁰⁴.

3.4 Teoría de “la simple percepción” o hallazgo causal: La teoría de la simple percepción o “*plain view doctrine*” tiene origen en la doctrina jurisprudencial estadounidense que ha admitido la validez de las probanzas adquiridas durante un allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando en oportunidad de su ejecución el funcionario tropieza por accidente con pruebas de un delito o donde las encuentra a simple vista.

103 Martínez García, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal. Universidad de Valencia, Editorial lo blanch, Valencia, España, 2003, p. 90.

104 Maier, Julio, óp. cit. pp. 469-470.

3.5 Teoría de la excepción de buena fe: Esta teoría se refiere a los casos en que se estime que un registro o secuestro ilegal se comete sin que la Policía sepa que está violando los derechos y garantías, por lo que la regla de la exclusión no tendrá ningún efecto disuasivo y, por lo tanto, no debe operar la regla para excluir la evidencia en juicio.

3.6 Teoría del nexo causal atenuado: Se encuentra entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la fuente independiente. Establece que la evidencia fruto de la información ilegal puede ser admitida, si se puede demostrar que la conexión entre la prueba ilícita y la evidencia de la Fiscalía se ha vuelto tan atenuada que se ha disipado la contaminación¹⁰⁵.

Criterios jurisprudenciales

En cuanto al origen del tratamiento jurisprudencial de la teoría de la prueba espuria en nuestro medio, resulta sumamente ilustrativo el artículo del autor Dall'Anese Ruiz, publicado en el compendio *"La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho"*¹⁰⁶ donde señala que el caso más notorio después de creada la Jurisdicción Constitucional costarricense es el caso Caravaca, también conocido como "El crimen de La Granja", donde la Sala Constitucional señaló que la prueba que viola los derechos fundamentales, como por ejemplo, la declaración que se obtiene por medio de violencia o en contra del propio indiciado o pariente suyo con derecho de abstención resulta ilegítima. De manera que las declaraciones anuladas sí lesionaban en la etapa de investigación policial los derechos de los imputados. Sin embargo, dispone que respecto de la demás prueba recabada y llevada al expediente, la misma es autónoma, en tanto tenga existencia probatoria propia y se haya logrado por diferentes medios de verificación, por lo que mantiene su capacidad probatoria¹⁰⁷.

105 Cortés Coto, Ronald y otro. La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal. Escuela Judicial, 1995, pp. 8-9.

106 Dall'Anese Ruiz, Francisco. La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal. En: *La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*. 1 edición, Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, San José, 1996, pp. 265-275.

107 S 556-91 de las 14:10 hrs. del 20-03-91 de la SC.

Estima este autor que la resolución de ese tribunal desconoció la norma del Código de Procedimientos Penales de 1973, la cual imponía la sanción procesal de nulidad a la prueba derivada de una declaración rendida por el imputado ante la Policía en irrespeto de las garantías de defensa. No obstante, este criterio se enmendó en la sentencia 701-91 de las 13:40 hrs. del 10-04-91, donde se indica que la tesis de la mayoría de la sala en cuanto a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima puede sintetizarse indicando que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima. Por su parte, el Tribunal Superior Segundo Penal de San José, Sección Tercera, adoptó expresamente la teoría de la fuente independiente al señalar:

[...] El Tribunal recoge la posición relativa, llamada de la fuente independiente, según la cual si el medio de prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero, a su vez se originó también en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y antes de la violación constitucional, la prueba es válida; esto es, deviene nulo o inválido el acto que quebranta la garantía procesal, pero si la prueba se desprendió de otro elemento y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución, tiene vida propia y es válida [...].

(S 616-92 del 25-06-1992. En el mismo sentido, S 36-92 de las 16:00 hrs. del 5-08-92 del mismo tribunal).

Esta posición fue asumida también por la Sala Constitucional, principalmente en las sentencias 255-95 de las 9:51 hrs. del 13-01-95; 1739-92 de las 11:45 hrs. del 01-07-92; 2529-94 de las 15:36 hrs. 31-05-94; 255-95 de las 9:51 hrs. del 13-01-95. Esta última evacuó una consulta preceptiva de la Sala Tercera de la Corte, tribunal que a su vez emitió la sentencia 614-F-95 de las 9:55 hrs. del 13-10-95, fallo que en criterio del autor: “[...] logra una conquista en el respeto de la Constitución y los derechos humanos [...]”.

Con este recuento histórico puede observarse cómo la jurisprudencia asume la posición de anular no solo la prueba ilegítimamente obtenida, sino también la derivada exclusivamente de esta, dejando a salvo, como excepción, aquella prueba que no dependa del acto violatorio de la Constitución por derivar de una fuente independiente. Así, en la sentencia de la Sala Constitucional 1994-03306-94, de las catorce horas cincuenta y un minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro, se afirmó:

I.º Esta Sala, con motivo de la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales (N.º 1261-90), ha debido pronunciarse con posterioridad respecto de lo que sucede ya no solo con la prueba obtenida directamente con base en la utilización de un medio ilegítimo, que no puede surtir ningún efecto jurídico-procesal, sino con otras pruebas que no tuvieron directamente que ver con aquél medio espurio. Y lo que ha dicho, resumidamente, es que si eliminado el medio ilegítimo, hay prueba que se sostendría con independencia y con carácter determinativo de una participación típica, antijurídica y culpable, entonces estaríamos en presencia de prueba legítima, procesalmente inatacable. En otras palabras, la existencia o utilización de un medio ilegítimo para obtener alguna prueba, no contamina toda la prueba, con lo cual la jurisprudencia constitucional ha tomado partido en las diversas tesis que sobre el particular podrían utilizarse. En el sentido anterior, convendría acudir, entre muchísimas otras, a las sentencias números 701-91, 885-91 y 1204-91.

En el mismo sentido, en forma expresa se indicó:

Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la licitud o no de una prueba, tenemos la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado (Fruit of the Poissons Tree Doctrine), que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa, denominada de la “fuente independiente”, según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque la prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución. Esta Sala en el voto 00701-91, ya expresó: “[...] la tesis de la mayoría de la Sala en relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima”, entendiendo entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución.”

(sentencia 02529-94 de las quince horas treinta y seis minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro).– La Sala consultante deberá entonces, con base en la transcrita jurisprudencia determinar si en el caso concreto existe prueba ilegítima y si la misma es fundamento o no del fallo vertido, limitándose este Tribunal a indicar que la legitimidad de la prueba sí forma parte del debido proceso.

(S 1192-99 de las 8:30 hrs. del 19-02-99 de la SC. En el mismo sentido, S 2565-00 de las 14:32 hrs. del 22-03-00; S 2569-00 de las 14:36 hrs. del 22-03-00 de la SC).

Se distingue entre la prueba que es ilegítima en sí misma por ser contraria a los principios constitucionales –como es el caso de la confesión por medio de tortura– y la que aun cuando en sí misma es considerada un medio de prueba legítimo, un decomiso practicado por autoridad competente, no reúne los requisitos formales de validez, por ejemplo, la falta de la firma en la respectiva acta de decomiso de uno de los testigos de actuación. En este último caso, solo habría violación al debido proceso, si con ello se causara indefensión al acusado.

En un caso donde se había incorporado al expediente una declaración del imputado obtenida con la utilización del detector de mentiras, la Sala Constitucional señaló:

[...] no puede tenerse en cuenta una declaración si ésta ha sido obtenida violando los derechos fundamentales, aún cuando, favorezca al imputado. Ello es así, pues en el caso concreto la aplicación del detector de mentiras degrada a la persona a un mero objeto y existe desconfianza en sus resultados. En ese orden la prueba recaudada con violación al debido proceso constitucional resulta nula de pleno derecho y en consecuencia, debe ser excluida del expediente. Proceder siquiera recibirla y tenerla en la causa, pues ello implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso.

(S 4887-04 de las 14:14 hrs. del 06-05-04 de la SC).

La Sala Tercera de la Corte ha aplicado la teoría del hallazgo necesario o inevitable en varios supuestos. Entre estos, en el siguiente caso:

Esta Sala ha señalado al respecto que: “[...] si bien, por principio general, la prueba obtenida mediante una infracción procesal o por medio de la lesión de derechos fundamentales implica automáticamente su exclusión del proceso y la imposibilidad absoluta de valorarla a fin de fundar una decisión jurisdiccional, siendo precisamente ésta la regla que incorpora el artículo 175 del Código Procesal Penal, entre otras existe una excepción a ello: la doctrina del hallazgo necesario o inevitable, desarrollada por la jurisprudencia estadounidense como una atenuante a la regla de exclusión antes comentada [...] Según esta tesis, si se llegase a demostrar que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto u obtenido en forma inevitable o segura a partir de las investigaciones legítimas que ya se estaban llevando a cabo en ese momento, aquella será válida [...]”. (Ver Sala Tercera, N° 125-2.001, de 10:36 horas del 2 de febrero de 2.001). Conforme al contenido del fallo, la situación irregular descrita por el recurrente y que constituye la base de su reclamo, esto es, la violación por parte de las autoridades investigativas acerca del derecho constitucional del imputado a no producir prueba en su contra en relación con el estudio y valoración policial de las listas de llamadas entrantes y salientes del número [telefónico] en contraposición a lo dispuesto en la Ley de registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones y de lo que infiere la ilegalidad de las fiscalizaciones telefónicas posteriores, que estima debieron declararse nulas, no reviste ningún carácter esencial dentro de los fundamentos de la decisión, por lo que no se aprecia la existencia de un agravio real y efectivo. En efecto, tal y como acertadamente lo razonaron los jueces según surge de folios 935 a 937, aunque en forma irregular se obtuvieron los listados de llamadas entrantes y salientes del número telefónico que posteriormente se intervino, la solicitud de ese control telefónico encontró sustento en los informes confidenciales alusivos a la existencia de una organización dedicada al tráfico de drogas, así como a la circunstancia de que a la casa habitada por M.A.M. y M.M. de L., llegaba gran cantidad de personas sin oficio conocido, se apreciaba mucho movimiento de vehículos de servicio público de la zona fronteriza y se rentaba vehículos, siendo

*debidamente ponderados todos esos elementos para solicitar las intervenciones telefónicas que autorizó en su oportunidad el juez de garantías correspondiente. Así las cosas, debe apuntarse que no es de los listados obtenidos en forma irregular, de los que se deriva la prueba que sustentó este asunto, sino de las restantes circunstancias antes reseñadas. Lo anterior se evidencia claramente en este asunto, en donde excluida –como se hizo– la prueba ilegalmente obtenida, el fallo y la prueba que en forma válida y eficaz le dio sustento, no se aprecian afectadas. Así las cosas, la participación del encartado M. de L. en el ilícito investigado, encuentra el debido apoyo y se extrae de la prueba obtenida en forma legítima evacuada en el debate. En razón de lo expuesto, **se declara sin lugar** el reparo.*

(S 514-02 de las 9:25 hrs. del 07-06-02 de la STC. En el mismo sentido, S 125-01 de las 10:36 hrs. del 02-02-01; 1031-03, 514-02, 125-01 de la misma sala).

También, en varias oportunidades, ha admitido como válida la prueba obtenida a través del hallazgo casual o simple percepción que se produce cuando en la práctica de una diligencia probatoria para investigar determinado delito, se obtiene una prueba relacionada con otro hecho punible, siempre y cuando haya mediado una intervención policial de buena fe. Esta posición es conocida por la doctrina como el “plain view”.

En un caso donde producto de un allanamiento realizado para investigar hechos relacionados con un robo agravado en concreto, se encontraron evidencias que sirvieron para acreditar otros hechos punibles. La sala estimó que esto era posible, dado que en la orden de allanamiento no se concretaba sobre cuáles evidencias específicas iba a recaer la diligencia y además resaltó el hecho de que se tratara de criminalidad organizada:

Ciertamente, la diligencia de allanamiento se realizó con el fin de encontrar elementos de convicción útiles para determinar claramente los hechos cometidos en perjuicio del Centro de Recreo de Pipasa S.A. [el gerente de la Asociación de Empleados de Pipasa S.A. se presentó al Organismo de Investigación Judicial de Heredia a formular denuncia, en el sentido de que ese mismo día, en horas de la madrugada, había recibido una llamada del guarda del Centro en horas de la madrugada,

quien le informó que mientras realizaba la “ronda”, fue atacado por la espalda por un sujeto y que luego, estando indefenso, aparecieron otros dos sujetos con arma de grueso calibre, al parecer una AK-47 y lo obligaron a trasladarse al gimnasio, lo amarraron de las manos y pies con un cordón y aprovecharon para sacar mercadería de la tienda del lugar, llevándose además, el arma que portaba el vigilante] así como los posibles responsables. Sin embargo, como se deriva de los autos, tales evidencias también fueron utilizadas para sustentar la condenatoria del acriminado por los otros delitos, a saber, un delito de asociación ilícita en perjuicio de la tranquilidad pública, los robos agravados cometidos e perjuicio del Centro de Conservación de Santa Ana, G.U.E. y R.J.B (Hacienda El Cacao) respectivamente y un ilícito de receptación perpetrado en perjuicio de la administración de justicia y D.J.S. Contrario a lo que indica el sentenciado en su gestión, dicha prueba - tanto el acta de allanamiento visible al tomo I, folio 36 fte. y vto., como el inventario de los objetos decomisados de folios 284 a 303-, sí podía ser válidamente utilizada para derivar con certeza la responsabilidad de J.L.S.S. en los ilícitos por los que se le condenó. En este sentido, se observa que en la orden de allanamiento dictada, no se concretó sobre qué evidencias específicas, iba a recaer la diligencia que se practicó el 30 de setiembre de 1998 en la casa del sentenciado J.L.S.S., siendo que al practicarse la misma, se encontraron algunas que correspondían y resultaron esenciales para otras investigaciones. Considera esta Cámara, que nada impedía que como se hizo, también se les decomisara, máxime que como se indicó, se trataba de delitos relacionados con criminalidad organizada, pues como se advierte a folio 64, el Tribunal de mérito indicó que en todos los ilícitos sobre los que versaba la condenatoria, había una serie de elementos que determinaban una misma línea de acción (los delinquentes realizaban un estudio previo de los lugares que iban a ser asaltados, preguntaban por las personas encargadas de la seguridad o aquellas que tuvieran las llaves o el control de alarmas y además, utilizaban armas pesadas y pequeñas, concretamente AK-47 y un revólver, así como pasamontañas, capuchas con pañuelos y guantes), los lugares en los que se daban las sustracciones presentaban las mismas características (estaban alejados de los centros de población y tenían poca vigilancia) y como último aspecto, se señaló que los hechos tuvieron lugar en horas de la noche e inicio de la madrugada.

De esta manera, se concluye que la prueba que se decomisó en la vivienda de S.S. y que correspondía a las otras investigaciones –y no a la iniciada en relación con los hechos en perjuicio del Centro de Recreo de la Asociación de Empleados de Pipasa S.A– resulta lícita.

(S 271-06 de las 9:15 hrs. del 29-03-06 de la STC. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias 872-02, 900-03 y 832-05 de la misma sala).

Otro ejemplo donde se aplicó la doctrina del plain view y que resulta importante transcribir, es el siguiente:

En lo que respecta al segundo aspecto del reparo, esto es, la supuesta ilegitimidad de la prueba por derivarse de una diligencia de allanamiento practicada con motivo de otra investigación, debe señalarse que el artículo 3 de la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, N° 7425, expresamente establece que “La orden de secuestro, registro o examen deberá efectuarse, so pena de nulidad, mediante auto fundado en el que se individualicen, de ser posible, los documentos sobre los que se ejecutará la medida de registro, secuestro o examen ... De ser secuestrados otros documentos que no se incluyan en la orden, deberán restituirse inmediatamente a quien se le secuestraron, salvo que el juez los estime trascendentales para esa u otra investigación; si así fuera, el juez deberá ampliar la orden para incluirlos y justificar el motivo por el cual se incluyeron”. De la redacción de esta norma se colige con toda claridad que el supuesto que se regula en el segundo párrafo, referido a la ampliación de la orden de secuestro, depende de que hayan sido secuestrados otros documentos que originalmente no habían sido incluidos en la orden respectiva, siendo que además esta última exigencia sólo operaría en aquellos casos en los que esa inclusión previa fuere posible. Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, comprobamos que tanto la solicitud del Ministerio Público, como la orden de allanamiento en torno a la cual gira el reproche (cuya legitimidad ni siquiera es cuestionada por la defensa) no especifican sobre qué documentos o evidencias en concreto recaería la diligencia que se practicó ese 16 de octubre de 1996 en la casa del coimputado G.C.C. [...] de donde debe entenderse, entonces, que en la especie no

resultaba aplicable el trámite de ampliación que se echa de menos. En efecto, el requisito de que la orden se amplíe adquiere sentido sólo en aquellos supuestos en los que, previamente definido el alcance (objeto) de la diligencia a practicar, es decir, cuando de antemano se ha determinado de manera concreta y específica cuáles serán los documentos que se pretenden incautar, se advierta la necesidad de extender dicha actuación a otros documentos que no estaban ahí comprendidos. De lo contrario, si a priori no era posible saber con exactitud y precisión qué elementos serían decomisados, y al practicarse la diligencia se encontraron evidencias que correspondían y resultaban esenciales para otra investigación, nada obstaba para que conforme se hizo también se las secuestrara, máxime al considerar que se trató de una investigación muy compleja. Es más, si asumieramos que en este caso se omitió esa ampliación que se echa de menos (la que en realidad, según se dijo, no era obligatoria), aún así deberíamos concluir que parte de la prueba documental que ahí se incautó, y que correspondía a otra investigación, resultaba lícita, como legítima su utilización en el proceso que nos ocupa. En lo que a la tema de la prueba ilícita se refiere, el que fue desarrollado por la jurisprudencia estadounidense bajo la “Teoría del Fruto del Árbol Envenenado”, se llegaron a implementar algunas hipótesis en las cuales se limitaron los efectos derivados de una actuación irregular durante la investigación que implicaba una afectación de derechos fundamentales, es decir, se idearon algunas excepciones a la tradicional regla de exclusión, entre las cuales, atendiendo al caso que nos ocupa, destaca la doctrina “**plain view**”: “[...] La orden de allanamiento debe ser determinada. Este requisito [...] ha sido reconocido por la doctrina. El tema de la determinación de la orden de allanamiento también está expresamente consagrado en el derecho fundamental norteamericano. La cuarta enmienda otorga a la población el derecho a la seguridad en sus casas, personas, documentos y efectos contra registros y secuestros arbitrarios, exigiendo para la orden correspondiente una causa probable apoyada por juramento declaración solemne “que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso” [...] La determinación recae tanto sobre el lugar como sobre el fin que se persigue con la medida, el que se encuentra relacionado al proceso penal en el cual se ha librado la orden. Frecuentemente en la práctica se libra una orden

de allanamiento con determinado fin, autorizando su diligenciamiento a la policía. Una vez que el comisionado ha ingresado al domicilio, es común que se encuentre ante evidencias inesperadas, ya sea relacionadas al hecho que se investiga en la causa que dio origen a la orden, a otra distinta, o incluso vinculadas a un ilícito del que nunca se había tomado conocimiento [...] La posición minoritaria considera violatoria de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, a toda actividad llevada a cabo en el allanamiento que no haya estado prevista en la orden o no haya sido admitida por una orden posterior [...] Mayoritariamente, en la jurisprudencia se da la tesis contraria, ya que convalida los actos realizados en exceso de lo previsto en la orden. Es decir, que permite valorar principalmente secuestros efectuados por la policía dentro de lugares cerrados, sin una orden de allanamiento previa que haya autorizado el ingreso para esa incautación en particular. La jurisprudencia es prolífica en la cuestión [...] La doctrina de la plain view, elaborada por la Corte Suprema Norteamericana, ha sido fuente directa de pronunciamientos en la materia de nuestro país [...] La plain view doctrine que acoge el pronunciamiento legítimo secuestros practicados sin la orden correspondiente, si los efectos se encontraran a plena vista, de manera evidente; es decir, cuando sea manifiesta la necesidad de proceder a su incautación. Cuando el comisionado “tropiece con ellos y existan causas razonables para secuestrarlos, debe hacerlo” [...] ya que en tal caso “no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él” [...], Hairabedián (Maximiliano), “EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS DERIVADAS EN EL PROCESO PENAL”, editorial AdHoc, Buenos Aires. 1ª edición, setiembre del 2002, páginas 113 a 118. Como se colige de la anterior cita doctrinaria, el hallazgo de evidencias que no estaban incluidas previamente en la orden de allanamiento, aún y cuando ni siquiera se relacionen con la investigación que dio origen a la práctica de dicha diligencia, resulta legítimo si en ello medió una actuación policial transparente que podríamos llamar “de buena fe”, es decir, cuando los elementos inesperados estuvieren a simple vista o, durante el registro, se haya tropezado con ellos, a tal punto que resulte absurdo exigirle a las autoridades “cerrar los ojos” ante lo evidente. Debido a esto, el mismo autor ya citado explica las precisiones que se le han hecho a esta doctrina del plain view, veamos: “[...] También un sector de la doctrina acepta los secuestros en exceso

de lo previsto en la orden, sólo si median (sic) una serie de específicas circunstancias [...] si la policía ya encontró lo que buscaba o revisa lugares donde claramente no va a encontrar lo que claramente se le indicó que buscara, es claro que todo procedimiento que se siga a partir de allí significará un ataque a la privacidad de los individuos, que va más allá de lo que el juez que libró la orden de allanamiento ha autorizado [...]" Ibidem, página 118. Como se ve, la tesis que nos ocupa no es irrestricta o ilimitada, pues en su base se mantiene esa actuación de buena fe de las autoridades que practican la diligencia, siendo que cuando aquella no está presente, obviamente estaremos en presencia de una actuación abusiva y arbitraria que atentaría contra el derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad del domicilio. Ello sucedería, por ejemplo (y conforme lo ejemplifica el mismo autor) en aquellas situaciones en las que se haya librado una orden de registro y secuestro para hallar e incautar un vehículo, y la policía buscara en armarios, gavetas, habitaciones, prendas (es decir, en sitios donde razonablemente no podría encontrarse el bien objeto de la diligencia), y gracias a ello se localicen otras evidencias, o cuando la orden se centra en la detención de un individuo, conseguida la cual se sigue registrando el lugar con igual resultado al anterior. Es claro que en tales supuestos no podría convalidarse ni legitimarse un hallazgo tal, pues se evidenciaría una actuación malintencionada y abusiva que vendría a menoscabar las garantías constitucionales reconocidas a favor de la ciudadanía. Con base en lo anterior, es claro que de las circunstancias que mediaron en el caso que nos ocupan, es decir, de la forma en que se llevó a cabo la diligencia de allanamiento que determinó el hallazgo e incautación de una copia de los cheques en favor de los talleres Rocaba y Hermo del Oeste, así como la solicitud de servicio telefónico, no permitirían de ningún modo siquiera sugerir una actuación oscura y desleal de la policía (extremo que ni siquiera denuncia la defensa), lo que permitiría establecer la legitimidad de tales evidencias en la presente causa. En todo caso, y en lo que a esa solicitud de servicio telefónico se refiere (a partir de la cual se logró establecer que esos números de teléfono que aparecen en los cheques efectivamente corresponden a los que le fueron asignados al encartado C.C.), es claro que estarían ante la doctrina del hallazgo necesario o inevitable, ya receptada por la jurisprudencia de esta Sala (entre otros véase el voto N° 1252001, de las 10:36 horas del 02/02/2001), pues si

no se hubiese contado con esa información la misma fácilmente se hubiese obtenido lícitamente a partir de los registros que maneja el Instituto Costarricense de Electricidad, en su área de telecomunicaciones.

(S 776-03 de las 11:25 hrs. del 09-09-03 de la STC).

En cuanto a la excepción de buena fe, resulta de interés citar el caso resuelto en la sentencia número 427-07 de las 14:05 hrs. del 4-05-07, donde la Sala Tercera de la Corte, aplicando esta teoría, señaló que no podía restarse validez a las declaraciones rendidas por un supuesto ofendido, a quien no se le hicieron prevenciones, y que simuló la existencia de un delito, porque en ese momento se le tenía como testigo y no como imputado:

El giro que posteriormente cobra la investigación, en buena medida impulsado por las averiguaciones que por su parte realizó la empresa ofendida y que permitió descubrir que S.F. en realidad había participado como coautor en la sustracción del dinero, no tiene la virtud de invalidar todas las actuaciones que a partir de su inicial y aparentemente desvinculada versión dio en forma voluntaria y libre a las autoridades, con el fin de desviar la atención hacia su participación en los hechos, involucrando a sus verdaderos co partícipes, probablemente por la presión que la situación ya hecha realidad, le generó y la evidente intervención de las autoridades investigando el hecho, variables que a una persona que no tiene nada que temer, no le generarían una presión que lo llevara a involucrarse falsamente en un hecho. Como bien se razona en la sentencia, no existe ni siquiera la sospecha de que las autoridades de la policía judicial o del Ministerio Público –representantes del poder represivo del Estado– hayan presionado a S.F. para obtener de él datos que orientaran e incriminaran falsamente a los otros dos coimputados y mucho menos a él mismo; al intervenir las autoridades no existía ni siquiera la sospecha de su posible participación en los hechos, de manera que los acercamientos de las autoridades lo fueron siempre en su calidad de principal testigo, al punto que son los datos que brinda los que permiten inicialmente a las autoridades individualizar a los sujetos, detenerlos y realizar los allanamientos en busca del dinero, apenas dos días después de la sustracción. Desde el punto de vista policial, excepción hecha del rastro del dinero, la investigación había culminado con

éxito, precisamente a raíz de la información brindada por S.F., posición que de alguna manera y por lo que se verá, no satisfacía a la empresa, que realizaba su propia investigación interna y a raíz de ella detectó detalles que sólo para ellos –y por manejarlos ellos, sin dar aviso a las autoridades- cobraban sentido y levantaban sospechas, sobre todo en lo relacionado con el incumplimiento de las reglas y el protocolo de seguridad obligatorio por parte de S.F. el día de la sustracción, al realizar la recolección y transporte del dinero, siendo éste un oficial experimentado y con más de siete años de laborar para la empresa. Ahora bien, el hecho de que un implicado en un delito, dé información falsa o incompleta a las autoridades para desviar la atención o las investigaciones e impedir que se descubra su rol en los hechos, no puede servir de pretexto para, una vez averiguado su verdadero papel, se pretenda invalidar lo actuado, bajo el argumento de la violación al derecho de abstención o a sus garantías constitucionales de defensa y debido proceso o que no se puedan considerar los datos que brindó por haber adquirido luego la condición de imputado. Es cierto que al sospechoso de un hecho no se le puede obligar ni siquiera a colaborar; la policía no puede interrogarlo y desde el primer momento tiene derecho a contar con la asistencia de un defensor. Sin embargo, para analizar la actuación de las autoridades hay que valorar las condiciones en que intervienen y el tipo de datos que manejaban, para sopesar si razonablemente debían considerar a esa persona como sospechosa y por lo tanto darle el tratamiento que la Constitución y la ley exigen. En cuanto al tema esta Sala ha señalado que esa información, constatada la buena fe de las autoridades al intervenir, su actuación incluso bajo el engaño mismo de aquél que pretende desviar la investigación, puede ser utilizada válidamente, pues surgió en forma espontánea, sin presión, coacción o violencia alguna y precisamente para desorientar las pesquisas.

B) Inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas

Dentro del tema de la prueba ilícita, surge con especial relevancia todo lo relacionado con la prueba que se obtiene como producto de la violación a los derechos de inviolabilidad del domicilio, intimidad y secreto de las comunicaciones. Se trata de derechos que no solo están reconocidos en nuestra Constitución, sino también en los diversos instrumentos de derecho internacional. Así, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos refiere que

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El artículo 5 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre establece que

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el artículo 17:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

[...] nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Como vemos, existe una preocupación internacional en garantizar el respeto a esos derechos que derivan directamente del principio de dignidad humana. Sin embargo, lo que se pretende es que no se presenten injerencias arbitrarias, de manera que sí puede restringirse su ejercicio en determinados supuestos previstos en la ley y de conformidad con el principio de proporcionalidad y demás requisitos establecidos para ello. La utilización discrecional y desmedida de medios de investigación que lesionen esos derechos es propia de los sistemas políticos autoritarios y no de los regímenes democráticos, donde la esfera de actuación de todos los órganos del Estado está sujeta a límites infranqueables.

i) Allanamiento

El artículo 23 de la Constitución Política señala que el domicilio y todo recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. Se reconoce así una esfera de intimidad de las personas que solo puede ser afectada excepcionalmente en los supuestos que establece la ley, cuando exista una afectación a los derechos de terceros o al orden público (artículo 28 de la Constitución) y atendiendo al principio de proporcionalidad que implica la exigencia de examinar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Es así como el constituyente autoriza el allanamiento *“por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley”*.

A partir del contenido de esa norma, se han dado pronunciamientos encontrados de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte, en relación con la forma en que debe hacerse la orden de allanamiento. Para la Sala Constitucional, la existencia de una orden escrita del juez competente no constituye un requisito necesario, dado que quien realiza la diligencia personalmente es el juez, lo que hace que no tenga sentido la orden escrita. Para llegar a esa conclusión, según refiere, hace una interpretación finalista, apartándose de la literalidad del texto constitucional. Ante una consulta preceptiva de la Sala Tercera de la Corte, la Sala Constitucional resolvió:

[...] con la puesta en vigencia de un sistema procesal penal de corte netamente acusatorio, el juez deja de participar como investigador durante el proceso y se le asigna una labor de protector de la regularidad –en especial de la regularidad constitucional– del trámite, de manera que su presencia e intervención es exigida en ciertos casos, pero ya no con el fin de dirigir la investigación como en el modelo inquisitorio, sino como vigilante de que el ejercicio de la autoridad estatal se ejecute dentro de los parámetros constitucionales y legales fijados y se lleve a cabo sin abuso de poder. Para la Sala, es justa y precisamente ello lo que quiso el Constituyente y el papel que, de acuerdo con la mejor doctrina sobre derechos fundamentales, debe cumplir la garantía fijada en el artículo 23 de la Constitución Política. Ello sin duda se cumple a cabalidad si se cuenta con la presencia del juez en los allanamientos de domicilio, pero siempre y cuando obviamente su participación como se dijo, lo sea no como integrante del cuerpo investigador, sino

como sujeto procesal que controla de forma estricta el balance entre los derechos de los ciudadanos y las actuaciones de las autoridades estatales encargadas de la investigación y producción de elementos probatorios. En consecuencia, pierde la relevancia que una vez tuvo la exigencia de una orden escrita, porque con ella se pretendía restringir la posibilidad de acción (y de exceso en la actuación) de las autoridades administrativas, al someterlas a las condiciones y límites que un juez les señalara por escrito, circunstancia ésta que ahora queda ampliamente cubierta si dicha orden es suplida por la propia presencia activa del juez durante la ejecución del acto. Ahora bien, las razones con base en las que esta Sala tiene como válida esa suplencia, exigen a su vez de forma ineludible que la voluntad de autorización del juez se manifieste de manera clara y expresa, no solamente en sus actos y participación necesariamente protagónica y no pasiva, sino también, que se haga constar en el acta o constancia de actuación que debe levantarse en relación con el acto efectuado. Al efecto, la oralidad que priva en nuestro actual sistema procesal penal, hace que la motivación de los actos se lleve a cabo no de la forma tradicional mediante la escritura, sino que se realiza en forma oral justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones que ameritan la actuación y con una actitud consonante con esa voluntad; ese cambio sin embargo, no debe servir para que se eluda la obligación de motivar las actuaciones y procurar se plasmen las razones en el proceso, en especial las que, como en este caso, tienen que ver con la posibilidad de lesionar lícitamente un derecho constitucional. V.- La Sala consultante señala su duda sobre la validez de una interpretación como la expuesta que desatiende el valor de la orden escrita previa, frente al nuevo régimen procesal penal, que establece reglas muy precisas al respecto. Sin embargo, queda claro de lo que viene expuesto que desde la perspectiva de esta Sala, para el Derecho de la Constitución la intervención personal del juez –posible u obligatoria– es por sí misma suficiente para suplir las exigencias plasmadas en la Constitución, sin que se requiera además una orden escrita previa emanada por el propio juez. Cabe indicar entonces que será suficiente para efectos de enervar la inviolabilidad del domicilio ya sea la existencia de orden escrita del juez competente en los casos en que pueda válidamente delegarse su actuación, o bien su participación personal. Ahora bien, para efectos del respeto al debido proceso, es indudable que, sea mediante orden escrita

previa o mediante su participación directa e inmediata, la intervención del juez y su autorización deben incluir una motivación –no se exige fundamentación del acto, sino su motivación, sea que debe tener un motivo fundado, una razón para darse- que pueda ser validada por las demás autoridades judiciales que intervengan en el proceso. Esto resulta de la máxima importancia porque si tal motivación falta, es evidente que, en concordancia con las reglas del debido proceso derivadas del artículo 39 Constitucional la prueba se convierte en ilegítima y no podría servir de fundamento para una decisión.

(S 4672-03 de las 14:47 hrs. del 28-05-03 de la SC. En el mismo sentido, las sentencias 3014-98 y 3017-00 de la misma sala).

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte, al resolver por el fondo el procedimiento de revisión, dentro del cual había interpuesto la consulta preceptiva que originó la sentencia transcrita, se pronuncia en el sentido de que a pesar de lo manifestado por esta, la motivación del allanamiento debe hacerse por escrito y en forma previa a la realización del acto, para dar cumplimiento al contenido de la norma constitucional, sin que pueda afirmarse que la sola presencia del juez sustituye la debida fundamentación escrita:

*Esta Sala es respetuosa del orden constitucional y legal, que señala, en cuanto a los precedentes del órgano encargado de la interpretación constitucional, su carácter vinculante erga omnes. Es preciso reconocer que estamos frente a un radical cambio en la forma en que la Sala Constitucional ha interpretado las exigencias y prerrogativas que la Constitución coloca en garantía de los ciudadanos frente a la actuación del Estado en detrimento de sus derechos fundamentales, especialmente en tema de la inviolabilidad del domicilio. En efecto, aún bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, modelo procesal mixto con prevalencia de principios inquisitivos, como la instrucción escrita, dirigida por el juez –investigador y garante de los derechos del acusado– que reglamentaba en forma más laxa que la actual legislación la diligencia de allanamiento, la instancia constitucional fue recelosa de permitir la delegación en la policía judicial y antes bien, exigió siempre que la incursión en un domicilio o recinto habitado de todo ciudadano fuera realizada **en forma personal y directa por el juez**, previa motivación en orden escrita, de los*

motivos y necesidad de la medida. En forma excepcionalísima, admitió que podría delegarse en oficiales de la policía la práctica de la diligencia, no obstante hacía énfasis en la necesidad de que **tales motivos constaran en la orden escrita previa** que debía necesariamente anteceder a cualquier allanamiento, **con delegación o sin ella**. Así, resultan elocuentes las consideraciones de la Sala en la resolución 2432-95 de las 11:33 horas del 11 de mayo de 1995 [...] Esta posición reiteraba otros precedentes, que fueron derrotero en la eliminación de la perniciosa práctica que se había instalado de delegar automáticamente la realización de los allanamientos de viviendas y sitios habitados en la policía judicial, pese a que el Constituyente era claro en legitimar únicamente al juez y que el Código de Procedimientos Penales, si bien permitía la delegación, señalaba su naturaleza excepcional –no la regla– todo partiendo del absoluto respeto a la exigencia constitucional de orden previa escrita, pues la discusión siempre partió de esa base y por el contrario, se centró en **enfaticar la necesidad de que el juez practicara personalmente la diligencia**, porque es el garante de la misma. [...] V- El ejercicio de motivación como exigencia del accionar de los funcionarios del Estado es básico para el mantenimiento de un sistema democrático porque implica, en primer lugar, la necesidad de leer y releer la importancia de los derechos fundamentales como límite a la arbitrariedad y como esencia de todo Estado de Derecho, de modo que cuando un funcionario pretenda desplegar una actuación o adoptar una decisión que comprometa, limite o restrinja un derecho fundamental, el ciudadano, que de antemano no puede garantizarse la ausencia de arbitrariedad, tenga al menos la constancia de un ejercicio de motivación previa a tales actuaciones o decisiones, que serían la carta de presentación de su reclamo y la garantía, a su vez probatoria, de la ilegitimidad o arbitrariedad de la actuación. No es pues la persona del funcionario o su investidura la que garantizan el respeto de los derechos fundamentales, **sino los requisitos que el propio Constituyente ha estatuido para ello** y que ha delegado además en el legislador, que deben leerse en forma absolutamente restrictiva a partir de la norma de principio de los artículos 9 y 11 constitucionales: Costa Rica es una República democrática, con un gobierno popular, representativo, alternativo y **responsable** y los funcionarios **son simples depositarios de la autoridad** y no pueden arrogarse facultades que la ley no les

concede. Añade, como solemnidad de significado político importantísimo, que deberán prestar juramento de observar y cumplir fielmente la Constitución y la ley. **Entonces, en realidad el funcionario no es en sí mismo la garantía, sino antes bien, la garantía es la sujeción del funcionario a las restricciones constitucionales y a las exigencias legales.** Es dentro de este esquema que cobra trascendental relevancia la exigencia constitucional de orden escrita que debe emitir el juez en respaldo a la autorización para el ingreso coactivo a un sitio habitado. Si el funcionario fuera la garantía, flaco favor se haría a los ciudadanos a los cuales, la sola presencia del juez justificó injerencias arbitrarias en la intimidad de su casa, que no tenían de antemano justificación alguna y que se intentaron por responder por ejemplo, a simples sospechas, o a un puro ejercicio arbitrario de poder, muy difícilmente comprobables si no hay razonamiento previo de la autoridad, pero fácilmente subsanables si con posterioridad a la diligencia, el funcionario puede justificar, incluso con elementos que antes no constaban, el por qué de la actuación, sin que pueda ejercerse un control sobre esta forma de actuar, **porque la justificación posterior permite la entrada a cualquier tipo de arbitrariedad y da un amplísimo margen para esconder y disimular el abuso.** Es cierto que la existencia de una orden previa no descarta por sí misma la realización de allanamientos ilegales o inmotivados, pero indiscutiblemente el ejercicio previo y escrito de motivación, como exigencia del actuar jurisdiccional, contribuye a cercar, a delimitar el campo de acción del juez, que no es omnipotente, sino funcionario sometido a la Constitución y a la ley. Creemos que en una democracia, la confianza no está en los funcionarios, sino en el respeto a la Constitución y a la ley, única garantía de que la actuación estatal está delimitada por el respeto a tales principios y que existen los mecanismos para controlar, dentro de ese esquema, la arbitrariedad. En particular sobre la necesidad de orden previa escrita y su importancia como garantía de la inviolabilidad del domicilio y de que las incursiones en éste deberán ser excepcionales y fundadas en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad –numeral 28 de la Constitución Política– esta Sala ha considerado: “[...] **IV.- En cuanto a la naturaleza del allanamiento:** El allanamiento es el procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República,

celosamente garantizado por el Constituyente. Del texto constitucional se desprende que tal procedimiento es absolutamente excepcional y procede sólo en los presupuestos que la propia Constitución contempla y cuyo especial desarrollo se deja a la ley. Es pues, una autorización que proviene desde la Carta Magna para lesionar un derecho fundamental en supuestos –se recalca– excepcionales y calificados. Y es la propia Constitución la que contempla el requisito sustancial para que proceda tal intervención: **orden previa escrita de juez competente**. El juez es el garante de que tal intervención se dé en supuestos calificados y que realmente justifiquen la diligencia y es el sujeto legitimado desde la propia Constitución para ordenar y practicar el acto: “La restricción de cualquier derecho subjetivo, fundamental o no, puede ser provocada de hecho por la actuación de particulares o de los poderes públicos. Pero, como se ha advertido, para que la limitación de ciertos derechos fundamentales, especialmente tutelados, sea constitucionalmente legítima, es necesario que en su adopción intervenga decisivamente una autoridad judicial; esto es, es preciso el cumplimiento del requisito extrínseco de la judicialidad. No se reclama desde esta exigencia la intervención de los órganos de la Jurisdicción en un momento cualquiera tras la adopción de la medida con el objeto de controlar su legalidad [...] el respeto por lo que en este epígrafe se ha denominado requisito de judicialidad supone algo más. Ciertos derechos constitucionales sólo pueden ser restringidos con autorización de un órgano judicial, por resolución motivada; intervención que ha de ser necesariamente previa a la limitación de ciertos derechos o producirse de modo inmediato tras la restricción de otros. En materia de restricción de derechos fundamentales, se ha dicho, los jueces no deben tener la última, sino la primera palabra” (González Cuéllar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Editorial COLEX, 1990. p.109. En el mismo sentido Asencio Mellado, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida., Madrid, Editorial Trivium. 1989. pp. 91 y ss). La ley procesal lo que hace es desarrollar el resto de formalidades que además refuerzan las exigidas constitucionalmente, como la notificación previa a los ocupantes, la reglamentación del horario durante el cual puede realizarse la misma, etc. También desde la Norma Fundamental se contemplan los casos excepcionales en los cuales podría procederse sin orden previa, aunque para esos

supuestos aún más calificados ‘para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad’, remite a la ley para su reglamentación ‘con sujeción a lo que prescribe la ley’ –artículo 23 de la Constitución Política–. Ahora bien, lo dicho contempla el aspecto sustancial de la garantía de inviolabilidad del domicilio y el procedimiento constitucionalmente autorizado para la injerencia en tal esfera. Ya en el campo procesal estrictamente, el allanamiento se concibe como una diligencia de investigación, de naturaleza coercitiva o cautelar, por la cual se pretende obtener elementos de prueba que verifiquen, confirmen o aseguren que en determinado recinto se encuentran rastros de un delito, se está cometiendo un ilícito o se esconden los responsables de un hecho delictivo, como supuestos más comunes. Sin duda alguna, es una diligencia que lesiona derechos fundamentales y eso lo dice la propia Constitución cuando la describe y autoriza [...]. Y la existencia de sospechas fundadas es el elemento esencial que debe sopesar el juez a la hora de autorizar una diligencia de esta naturaleza, porque se tratará de la afectación de un derecho fundamental que sólo procede en casos de excepción, en armonía con lo que disponen los artículos 23 y 28 párrafo segundo de la Constitución Política. En consecuencia, las reglas del anticipo no le son aplicables, porque no se tiene individualizada la imputación y, por lo tanto, tampoco a los imputados. En segundo término debe señalarse que la intervención del juez en esta diligencia de investigación es suficiente garantía de la legitimidad del acto, porque está prescrita desde la propia Constitución como requisito ineludible y, para sus efectos, suficiente. El juez es garante de que existen indicios suficientes de estar en presencia de un delito; de que las razones por las cuales se pretende el ingreso a un domicilio, habitación o recinto privado, son atendibles al extremo de autorizarlo. En suma, es garante del respeto a los derechos de las personas afectadas por la medida, que incluso, dependiendo de su resultado, quizás nunca alcancen la condición de imputados, todo ello sin perjuicio del eventual cuestionamiento que pueda realizarse de la diligencia practicada, dentro del proceso. Lo dicho no impide que el juez pueda nombrar a un defensor público para que asista a la diligencia, como también está previsto para los anticipos jurisdiccionales de prueba que deban practicarse en forma urgente, sin que ello signifique que sea necesario o indispensable hacerlo, porque la participación del juez es

suficiente [...] Ahora bien, la participación del juez en la diligencia tiene desde la propia Constitución, según se vio, sus propios requisitos: debe haber orden previa escrita; ésta, como corolario de un acto de poder emanado de un funcionario público, debe estar debidamente motivada y sustentarse en la existencia de indicios fundados de estar en presencia de un delito, o frente a la posible lesión a los derechos o a la propiedad de terceras personas, según se establece de la relación de los artículos 23, 9 y 28 párrafo segundo, todos de la Constitución Política. A ellos deben sumársele los requisitos especiales que desarrolla la ley procesal y que, sin duda alguna, pretenden reforzar las garantías ya dadas constitucionalmente, a saber: cómo debe ser esa orden y qué debe contener, quién puede gestionar tal diligencia si se está en la fase de investigación, dentro de qué horario puede realizar el allanamiento, la identificación de los sujetos que actuarán en la diligencia y, en especial la participación **ineludible** del juzgador cuando el allanamiento es de un domicilio, recinto privado o habitación -artículos 193, 194, 195 y 196, todos del Código Procesal Penal-. También se encuentran desarrollados los requisitos exigidos para realizar un allanamiento sin previa orden judicial, en el numeral 197 que contempla, en sus cuatro incisos, los supuestos de hecho que, de concurrir, autorizarían el allanamiento sin orden judicial, es decir, sin intervención previa del juez. Como se desprende de todo lo dicho, estos supuestos son aún más excepcionales y obedecen, la mayoría, a situaciones inminentes de urgencia o de claro riesgo para las personas moradoras de la vivienda o recinto, sus bienes o para evitar la impunidad de los autores de hechos delictivos. Finalmente, debe señalarse que el acta de allanamiento, registro y secuestro es susceptible de ser incorporada al debate como prueba, según se contempla en el numeral 334 del Código Procesal Penal” Sala Tercera, sentencia 468-99 de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999. Constitucionalmente, en consecuencia, se exigen en forma expresa tres requisitos para legitimar la orden que autoriza el ingreso en forma coactiva a un recinto habitado o domicilio: **i) la emisión de una orden previa escrita, debidamente motivada en ii) la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un delito, iii) en la necesidad razonable de la medida, su proporcionalidad en relación con el delito que se persigue y con la finalidad probatoria que se espera de la diligencia** –numerales 23, 9 y 28 párrafo segundo de la Constitución

Política—. El resto de los requisitos quedó librado a la voluntad legislativa y se concretan en los numerales 193 a 197 del Código Procesal Penal. **VI-** Según quedó establecido, la Sala Constitucional estima que la exigencia de orden escrita previa se mitiga con la presencia directa del juez en la práctica de la diligencia, aún cuando ello no lo exime del deber de motivar la decisión para autorizar el ingreso a un recinto habitado. Por ello, estima que la orden puede ser verbal, pero que deberán quedar asentados —en el acta que debe levantarse al realizar la diligencia, además de la fundamentación ora—cuáles son las razones que justificaron la injerencia en este derecho fundamental, porque deben poder controlarse. Entonces, podría admitirse que la orden no sea escrita, sino verbal, pero cómo puedan razonarse y plasmarse los fundamentos, no lo resuelve la instancia constitucional, más esta Sala interpreta que, como la fundamentación y motivación es una garantía fundamental, del ejercicio de poder en un Estado de Derecho, según se ha expuesto, esos fundamentos deben constar en el acta de allanamiento y en todo caso **en forma previa al ingreso**, salvo las excepciones que contempla la ley para realizar el allanamiento sin orden, porque sólo así se garantiza la ausencia de arbitrariedad y, en todo caso, el control posterior. La garantía, como hemos analizado, **está en la motivación** y en la vocación del juzgador —como es su deber— de razonar la existencia de todos los presupuestos que desde la Constitución le autorizan a adoptar la medida, pues no basta que sea un juez el que la ordene, el poder jurisdiccional está sujeto a los requisitos de la Carta Fundamental y ese ejercicio de motivación debe ser necesariamente previo al ingreso, aunque la orden haya sido verbal y por supuesto, con la participación directa del juez, porque así se prescribe desde la Constitución y, por cierto, lo exige la ley. No se puede equiparar la existencia de fundamentación previa al acto lesivo de un derecho fundamental, a la sola presencia del juez —esta de por sí puede ser absolutamente inmotivada e improcedente—. La presencia física del juzgador no garantiza el cumplimiento de esa exigencia constitucional ni puede de forma alguna suplir la debida motivación y el ejercicio de la función jurisdiccional propia, de razonar la existencia de los requisitos excepcionales que autorizan la injerencia en un derecho fundamental.

(S 211-05 de las 11:15 hrs. del 18-03-05 de la STC).

De esta manera, la orden escrita, previa y debidamente motivada es un requisito insoslayable en criterio de la Sala Tercera de la Corte, lo cual hace que, a fin de que no se malogre el resultado de las investigaciones, el fiscal deba solicitar al juez una fundamentación escrita.

La regulación del allanamiento se encuentra en los artículos 193 a 197 del CPP. Por tratarse de una medida que afecta un derecho fundamental, debe ser ordenada por el juez competente, quien está obligado a valorar las motivaciones de la solicitud planteada por el Ministerio Público y a determinar si concurren elementos de juicio suficientes que justifiquen la lesión de los derechos. Si el juez considera que la solicitud planteada no está basada en una sospecha fundada de que se cometió un delito, tiene el deber de negar la orden de allanamiento.

La resolución que autorice o niegue la realización de la diligencia debe estar debidamente fundamentada y deben exponerse claramente los motivos por los que se arribó a la decisión. Si la solicitud de allanamiento tiene algún defecto en su formulación, en aplicación del artículo 15 del CPP, el juez deberá otorgar un plazo no mayor de cinco días para corregirla y no debe simplemente rechazarla.

El deber de motivar las órdenes de allanamiento es de especial interés. Muchas investigaciones han fracasado en virtud de que al llegar el asunto a los Órganos de Casación Penal, se determina que no existió una verdadera motivación por parte del juzgador. En ocasiones, el juez no hace más que repetir los argumentos del fiscal, sin realizar una propia elaboración de la fundamentación, por lo que se ha insistido en cuanto a que el juez debe valorar la pertinencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida para fundamentar una orden de allanamiento:

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 valorar si 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 para, 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 (cfr. entre otras, resoluciones 298-95 de las 9:05 horas del 25 de mayo, 560-95 de las 10:10 horas del 22 de setiembre y 614-95 de las 9:55 horas del 13 de octubre, todas de 1995; 468-99 de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999; 246-00 de las 9:50 horas del 3 de marzo y 699-00 de las 9:40 horas del 23 de junio, ambas del año 2000; 917-01 de las 10:00 horas del 21 de setiembre

del año 2001; 1179-02 de las 10:25 horas del 22 de noviembre del año 2002; 722-03 de las 9:30 horas del 22 de agosto y 866-03 de las 14:45 horas del 30 de setiembre, ambas del año anterior). En especial, se destaca la importancia de la fundamentación como garantía de ejercicio razonable y democrático del poder jurisdiccional cuando autoriza una incursión de esta índole, al tiempo que ha rescatado la trascendencia que para el cumplimiento de este 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 su 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 Público 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.

III- El caso concreto: El licenciado RMB, Fiscal Auxiliar de la Fiscalía de Narcotráfico, solicitó al Juez Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, autorizara el allanamiento de la vivienda ubicada en Coronado, 100 metros al oeste de la terminal de autobuses de la localidad y expuso los resultados obtenidos hasta ese momento en la investigación en curso realizada en asocio con oficiales de la policía judicial y que, en su criterio, justificaban autorizar el ingreso a la vivienda de los sujetos investigados y que estaba plenamente localizada. Incluso individualiza a los oficiales de la Sección de Estupefacientes de la policía judicial a los que solicita se autorice a ingresar al sitio (cfr. solicitud de allanamiento, folios 18 a 21). Con esta solicitud, el juez penal emite la resolución de las 11:00 horas del 8 de noviembre de 2000 en la que autoriza el allanamiento (cfr. resolución de folios 22 a 25), resolución en la que, tal y como lo reclama la impugnante, el juzgador hace una transcripción casi literal de la solicitud para de seguido autorizar el ingreso, señalando únicamente, como “fundamento” de su autorización “[...] Siendo pertinente para las investigaciones que se realizan por parte de la Fiscalía de NARCOTRÁFICO DEL MINISTERIO PUBLICO y de la POLICIA JUDICIAL[...].” Resulta imposible, de la lectura del acta –que debería bastarse a sí misma para demostrar cuánto razonó el juzgador y cómo valoró todos los requisitos constitucionales y legales a los que se hizo mención- conocer cuáles son las razones –aparte de las propias que expuso el fiscal al solicitar la orden– que justificaron que el juzgador autorizara el ingreso a esa vivienda; cómo valoró la existencia de indicios comprobados, que parecieran desprenderse

de la transcripción de la solicitud fiscal, pero que simplemente se transcriben, sin que se sepa si el juzgador las hace suyas, si las consideró suficientes; cómo se pondera la idoneidad de la medida, su necesidad, la proporcionalidad de cara a los resultados que se pretenden y cuáles son éstos; en fin, no se conoce de qué forma el juez controló los presupuestos y la viabilidad de la solicitud del fiscal, la que simplemente acogió sin valoración alguna. Es decir, se hizo precisamente lo que el sistema trata de evitar, que el juez se convierta en un simple tramitador de solicitudes fiscales, antes que del contralor de su legalidad, su viabilidad. Es probable que el juez mentalmente acuerpara los atestados que el fiscal le presentó, pero eso no se refleja en la resolución, no hay forma de aprehender de ella cómo se ejerció el poder jurisdiccional, más allá del acto de poder material que autorizó y permitió el ingreso a la vivienda, como en efecto sucedió. Ni siquiera individualiza la orden quiénes son los autorizados para ingresar a la vivienda, pues únicamente refiere que participarán “los oficiales de la Policía Judicial Sección de estupefacientes y los efectivos policiales necesarios para garantizar la seguridad de la diligencia” con lo que añade aún más indeterminación a la autorización que concede, pues se trata de incursionar en un domicilio, invadir la intimidad y por ello, se debe puntualizar quiénes están autorizados para ingresar a ese recinto habitado, que obviamente deben estar delimitados, en garantía de la lesión que ese derecho va a sufrir y reducir de esta forma los efectos nocivos de la intervención en sí. El allanamiento legalmente autorizado no justifica que se haga de cualquier manera, también en el ingreso, el juzgador debe tomar las previsiones, que garanticen la seguridad de los moradores, de los oficiales y de las autoridades que participan en la diligencia pero además, debe considerar que la incursión se haga en los límites de mínima intervención necesarios para garantizar su éxito y sin que pueda ir más allá y en este sentido es que debe además leerse el requisito de la individualización de los funcionarios autorizados para ingresar al inmueble –inciso c) del artículo 193 ibid y que también obvia la resolución en análisis. Como bien lo apunta la recurrente, no se trata de valorar si existían razones suficiente para autorizar el ingreso, sino si éstas fueron puntualmente razonadas por el juez, que es otra cosa y el punto medular para considerar válida o no la actuación. Así las cosas, lleva razón la impugnante y la diligencia de allanamiento, como el decomiso de las evidencias logradas gracias a su práctica son

nulas, por haber sido obtenidas en violación a un derecho fundamental y, por ello, eliminadas del proceso, sin que puedan ser consideradas de ninguna forma en contra de los acusados.

(S 965-04 de las 9:50 hrs. del 13-08-04 de la STC).

De igual modo:

Según se observa a folio 70, la orden de allanamiento, registro y secuestro, consigna los argumentos expresados por el fiscal en su solicitud, para que se autorizara la diligencia y como sustento para otorgarla, se consignó: “[...] Considerándose atendible la petición por ofrecer un marco legal y razonable, de conformidad con los artículos 193, 194 y 195 del Código Procesal Penal, el suscrito juez ordena el allanamiento y registro del bar y pensión antes mencionados” (folio 73). Además de confusa, la resolución resulta infundamentada [...] el órgano autorizado para permitir esa intromisión, ha de ser también prohiyo en el otorgamiento y en manera alguna asumir un papel formal, de simple legalizador de las actuaciones de otros órganos, sino que ha de ser contralor del debido respeto a los derechos de las personas afectadas por un proceso penal. De previo a extender autorización para practicar un allanamiento –como en el presente caso– debe valorarse la pertinencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida y el razonamiento a través del cual arriba a la decisión de ordenar la diligencia, ha de exponerse por escrito, porque también esa resolución es susceptible de examen. Para controlar su decisión, debe valorarse no sólo la evidencia de la posible comisión de un hecho delictivo, a lo que la solicitud del Ministerio Público en general se refiere en exclusiva, sino además y esencial para la decisión, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Es claro, que no siempre que haya indicios suficientes de la comisión de un ilícito, se procede a allanar una morada, por lo cual esa única circunstancia no autoriza la diligencia. La ponderación por parte del Juzgador de los intereses en juego y la toma de decisión, valorando el pedido del Ministerio Fiscal, debe constar al resolver. La necesidad de motivar y expresar el sustento de la decisión, constituye una garantía para quien vea restringido su derecho y evita, o al menos disminuye la arbitrariedad. En el caso bajo examen, ante la solicitud del representante del Ministerio Público para que se ordenara

allanar los locales indicados, destinados a vivienda, el Juez encargado de resolver omitió motivar la decisión en que ordenó la diligencia y exponer las razones que le llevaron a permitir la restricción de una garantía constitucional. La sola referencia a la solicitud del fiscal no constituye motivación, de conformidad con el artículo 142 del Código Procesal Penal, pues precisamente el ordenamiento dispone que sea el juez penal quien valore las solicitudes de las partes y resuelva sobre ellas, exponiendo las razones de su decisión, ponderando la pertinencia de la solicitud y en el caso de restricciones a derechos, su necesidad y proporcionalidad con lo que se pretende alcanzar.

(S 1400-04 de las 10:50 hrs. del 03-12-04 de la STC. En el mismo sentido, 165-05 de las 9:30 hrs. del 11-03-05; 400-06, 1495-05, 1257-05, 1188-05, 594-05, 139-05 de la STC).

Se ha señalado también que todos los requisitos legales que desarrollan la forma en que debe llevarse a cabo el allanamiento deben entenderse y comprenderse desde la excepcionalidad de la diligencia que está prescrita en la Constitución Política y, en consecuencia, deben leerse como proyección de los principios constitucionales. Dentro de estos requisitos se encuentran el deber de fundamentación de la orden de allanamiento que requiere de un razonamiento sobre la existencia de indicios comprobados, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida; la determinación de las personas que van a ingresar y su individualización previa; el establecimiento de un horario dentro del que debe procurarse, de ordinario, la realización del ingreso coactivo. (S 39-05 de las 8:45 hrs. del 04-02-05 de la STC).

En cuanto la realización del allanamiento fuera del horario que contempla la ley (6 y 18 hrs.), se ha estimado que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 193 del CPP, no basta con que se trate de sucesos graves, sino que deben ser casos “extremadamente graves”, o de una urgencia tal que su no realización inmediata y en el horario indicado generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento. Obviamente, en estos casos, se exigen la fundamentación de la gravedad y la urgencia que hacen necesario la práctica del allanamiento con ese horario. (S 699-00, 917-01, 408-02, 41-03, 866-03, 39-05, 370-05 de las 9:05 hrs. del 06-05-05; 480-04 de las 10:30 hrs. del 14-05-04; 1461-05, 1412-04 todas de la STC. En el mismo sentido, S 101-06 de las 9:25 hrs. del 16-02-06 y 520-06 de las 8:45 hrs. del 02-06-06 del TCP).

Se ha enfatizado en la necesidad de que exista una solicitud del fiscal para que pueda autorizarse un allanamiento y que esta conste en el expediente, porque la diligencia no puede ser un acto oficioso del juez y, por ende, debe constar por escrito la solicitud del fiscal, a fin de poder ser controlada por las partes. En ese sentido, se señaló:

El allanamiento de una morada, con el fin de recabar elementos probatorios, es un típico acto de investigación, sujeto a control jurisdiccional en vista del derecho fundamental que vulnera. Es por ello que el Juez Penal, para realizar el acto, requería de la petición expresa del Ministerio Público, lo que en este caso, no consta que se haya hecho. No basta con que la resolución consigne que se presentó una solicitud avalada por el fiscal (no formulada por él) (folio 10), sino que ésta debe aparecer en el expediente, para que las partes puedan controlar que efectivamente, la solicitud esté debidamente sustentada, como por ley se exige a las peticiones del Ministerio Público: “Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica” (artículo 62 CPP, segundo párrafo). Si la solicitud se hace verbalmente, debe consignarse en un acta el contenido de la gestión. En el presente caso, ante la ausencia de la solicitud, no puede examinarse si existió, si estaba debidamente sustentada, ni si el Juzgador se circunscribió a valorar el fundamento de la petición, o si en su resolución consideró razones no esbozadas en la petición, lo cual le está vedado. Este control en cuanto a la motivación de la solicitud y su correspondencia con la decisión que ordena la diligencia, no puede verificarse ante la ausencia de la petición del Ministerio Público. No es dable para esta Sala, asumir que la solicitud existió, y que la orden se giró con sustento en las razones expuestas en la petitoria fiscal. Ante esa ausencia, el allanamiento deviene en ilegítimo, y los elementos decomisados en esa diligencia, no pueden ser considerados como prueba. (S 369-05 de las 9:00 hrs. del 06-05-05 de la STC).

La Sala Constitucional se ha pronunciado en cuanto a la necesidad de que participe el juez en las diligencias de allanamiento:

En caso en estudio se reclama la ausencia de participación de un juez de garantías en la diligencia de allanamiento que se llevó a cabo en la morada el imputado conforme lo exige la legislación procesal

penal vigente y resulta evidente para la Sala que si esa participación efectivamente no se dio y además no podía obviarse por no concurrir las excepciones establecidas en el mismo cuerpo legal recién citado, de modo tal que no podía válidamente llevarse a cabo sin ella, indudablemente se habrá violentado el derecho al debido proceso del imputado. La determinación de lo anterior le corresponde a la Sala consultante que debe verificar tanto la ocurrencia de la situación denunciada como el exigibilidad del requisito que acusa omitido.

(S 232-01 de las 14:34 hrs. del 10-01-01 de la SC).

Se ha establecido que no se requiere la presencia del defensor público, dado que el juez es suficiente garantía del respeto a los derechos del imputado (S 15672-05 de las 14:43 hrs. del 15-11-05 de la SC). Así, se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte:

[...] conforme lo ha resuelto en múltiples oportunidades esta Sala, la participación de un defensor de la confianza del justiciable, o bien, de un defensor público en esta clase de diligencias, no es lo que le otorga a estas su respectiva validez, pues ello resulta del cumplimiento de las formalidades previstas en la ley y, en lo esencial, de la efectiva presencia de una autoridad jurisdiccional en la actividad. En otras palabras, la garantía de la legalidad de esta actividad resulta de la presencia de la autoridad jurisdiccional respectiva y no de la participación de un defensor público o privado en el acto. En lo que interesa, se ha resuelto lo siguiente: “Debe recordarse, que lo normal u ordinario es, que las facultades de intervención, asistencia y representación, se puedan ejercer ampliamente a lo largo del proceso; sin embargo, en la etapa preparatoria, por la urgencia con que deben realizarse algunas pesquisas –excepcionalmente– el derecho de defensa se atenúa y la garantía de regularidad y legalidad del acto es suplida por la intervención de una autoridad jurisdiccional, la cual, de acuerdo a normas de imparcialidad, debe constatar que el acto se realice con absoluto respeto de los derechos de los intervinientes. Esta conjunción entre las potestades acusatorias del Ministerio Público y del ejercicio razonable de la defensa técnica, encuentra su regulación en el artículo 292 ejúsdem, en virtud del cual se reconoce el derecho del defensor de asistir, presenciar y proponer diligencias, bajo la condición de que: “[...] su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades [...]”. Bajo el parámetro

interpretativo que prevé el artículo 2 del Código Procesal, el operador debe propender a no desnaturalizar el sentido de la norma transcrita, es decir, no debe convertir en regla la excepción. En otros términos: so pretexto de propiciar la eficacia de las indagaciones, el Estado no puede desconocer –como política generalizada– derechos que previamente ha instaurado en pro del justiciable, salvo cuando proceda al amparo de las excepciones que el mismo legislador haya autorizado. En efecto, esto es lo que sucede en los allanamientos legalmente decretados, los cuales por incidir directamente sobre derechos fundamentales (verbigracia, el ámbito de intimidad de los ocupantes del sitio, derivado del artículo 23 Constitucional), requieren el cumplimiento de una serie de requisitos [...] Ahora bien, respecto a la intervención del defensor en el allanamiento –en tesis de discusión– podría pensarse que por afectar derechos fundamentales, el allanamiento debe verificarse de acuerdo a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 ibídem). No obstante, dada la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo Código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y sólo en caso de estimarse necesario, se solicitará la intervención de un defensor público (artículo 294). Evidentemente, esto encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aún cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación –por razones de urgencia– debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular). En estos casos, puede designarse un defensor público para que asuma la representación del encartado –exclusivamente para tal diligencia– en el entendido de que –de inmediato– las actuaciones deberán ponerse en conocimiento del Letrado escogido por el justiciable o asignado por la Defensa Pública. Obsérvese que el Código no exige la asistencia del defensor en el momento de realizarse la diligencia de allanamiento, pues comúnmente cuando se realiza, aun se ignora quién o quiénes podrían ser los imputados. No obstante, a fin de dotar de mayores garantías a los encausados, la Corte Plena dispuso que la Defensa Pública mantuviera un listado de profesionales disponibles, a los cuales pueda acudir en caso de ser necesario (ver al efecto acuerdo de Corte Plena # 7-98, del

2 de marzo de 1.998, Artículo XV, Circular # 5-98, publicada en el Boletín Judicial 3 77, del miércoles 22 de abril de 1.998). A efecto de dar solución al reclamo planteado, debe quedar claro que como lo ha establecido esta Sala y lo ha asumido el Tribunal Constitucional, **la inasistencia del defensor o su deficiente intervención en el allanamiento, no invalida los resultados de la diligencia, pues se entiende que el Juez asume la representación del encartado como garante del respeto de sus derechos procesales.**

(S 346-06 de las 8:35 hrs. del 03-05-06 de la STC. En el mismo sentido, S 1093-05 de las 11:00 hrs. del 14-09-05, 369-06, 1093-05, 1331-04, 788-03 de la misma sala, entre muchas otras).

En relación con la posibilidad del juez de garantías de delegar en un juez contravencional la realización de una diligencia de allanamiento, la Sala Tercera ha resuelto que esto procede solamente en casos urgentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo justificarse adecuadamente por qué se está en presencia de una urgencia (546-06 de las 10:50 hrs. del 07-06-06 de la STC. En el mismo sentido, 17-05, 322-04, 607-03, 240-03, 874-02).

ii) Inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados

El artículo 24 de la Constitución Política refiere que “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.” No obstante, como todo derecho fundamental (con excepción de la vida) puede ser limitado o restringido en aras de proteger otros derechos fundamentales que también son dignos de tutela. Se dispone por eso que una ley aprobada por mayoría calificada de dos tercios del total de los integrantes de la Asamblea Legislativa fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, así como los casos en que se podrá intervenir cualquier tipo de comunicación y los delitos para cuya investigación pueda ordenarse. Se establece que esos medios de investigación son excepcionales y solo pueden utilizarse “cuando sean absolutamente indispensables para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento”.

La “Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones”, número 7425 del 9-08-94 y sus reformas disponen cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir para el registro, secuestro y examen

de documentos privados así como para intervenir las comunicaciones.

En el caso de los documentos, la ley señala que los tribunales de justicia podrán autorizar el registro, secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento. De una forma ejemplarizadora, cita como documentos: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo para ilustrar o comprobar algo (artículo 1).

La ley señala que para el registro, secuestro y examen de cualquier documento privado, se requiere una orden de un juez y puede solicitarse para la investigación de cualquier tipo de delito. El juez deberá realizar la diligencia personalmente o bien, excepcionalmente, puede delegarla a los miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarle sobre el resultado de la diligencia. Además, se establece que la orden de secuestro, registro o examen deberá efectuarse, so pena de nulidad, mediante un auto fundado donde se individualicen, si es posible, los documentos sobre los que se ejecutará la medida de registro, secuestro o examen, el nombre de la persona que los tenga en su poder y el lugar donde se encuentren. Al ejecutar el registro, secuestro o examen, el juez o el funcionario designado notificará y entregará copia de la orden judicial que lo autoriza, a quien le sean registrados, secuestrados o examinados los documentos. Sobre los requisitos para secuestrar documentos privados, la Sala Tercera de la Corte señaló:

Un solo motivo compone el recurso presentado por el representante del Ministerio Público, en el cual alega falta de fundamentación de la sentencia, por haber omitido el análisis de prueba relevante, lo que llevó a los jueces a un estado de duda. El problema radica en una documentación consistente en un cuaderno, una libreta y un pedazo de papel, aportados por el Ministerio Público como prueba de cargo, cuya valoración fue omitida por el Tribunal, que estimó que se trata de documentos privados que deben estar sujetos al trámite previsto al efecto por la Ley de registro y secuestro de documentos privados. Sin embargo, dice el recurrente, en este caso consta que se cumplió con la exigencias

de ley y era importante dicha prueba, pues en ella se recogían apuntes del negocio ilícito que se le investigaba a la justiciable. Lleva razón el recurrente. En primer lugar, debe establecerse que en el presente asunto se trata del secuestro de documentos; no de la intervención de comunicaciones, porque ni eran un mensaje destinado a otra persona, ni (de haber sido un caso de ellos) tenía actualidad como tal. Por consiguiente, los requisitos que había que cumplir eran los contenidos en los artículos 2-4 de la Ley 7425 ya aludida. En esta se establece que debe haber una orden judicial, que el acto debe ser realizado por el juez (artículo 2); que, en la medida de lo posible, deberá individualizarse los documentos sobre los que recaerá el secuestro (artículo 3); y, que el proveído se le notificará a quien se le practique el registro, debiéndosele entregar una copia del acta de lo incautado (artículo 4). En el presente asunto, todas esas condiciones fueron observadas. En efecto, la orden judicial que acordó el allanamiento y registro señaló que: “[...] se ordena también decomiso o secuestro de cualquier droga o tipo de sustancia estupefaciente ilegal, implementos que se utilicen para su preparación o fabricación, dinero que evidencie ser obtenido de la venta de droga y los billetes previamente identificados que se mencionarán. Se ordena además la requisa personal de todas las personas que se encuentren dentro de las viviendas citadas” (folio 27). Por su parte, en el acta de decomiso, se lee: “[...] además encima de la misma mesa se localizó además un billete de mil colones y una moneda de cien colones, en una especie de gaveta de la mesa se localizó un cuaderno con apuntes varios de interés para la investigación a nombre de D.H.C. y A.M.F. También se encontraron varios trozos de aluminio [...]” (folio 34). Lo que los jueces estimaron para apoyar su absolutoria, es que aquella orden no preveía esta actuación, lo cual es erróneo. Es decir, aunque la orden no mencionaba expresamente la incautación de documentos específicos, autorizaba el ingreso y registro del lugar habitado, y en consecuencia la vulneración lícita de la intimidad que albergaba ese espacio, que es el bien que tutela la prohibición del allanamiento sin orden judicial (salvas las excepciones de ley). De ese modo, al autorizarse ese allanamiento, se podía proceder al registro y decomiso de los objetos enumerados, pero también de aquellos que no habiéndolo sido, estaban en el lugar y estaban relacionados con la posible comisión de un hecho delictivo. Exigir una enumeración exhaustiva y taxativa de lo que se va a incautar es excesivo e impediría cualquier diligencia, porque en la gran mayoría

de los casos simplemente se tiene una previsión de lo que se puede encontrar. Pero esa previsión no puede limitar toda la diligencia, ya que eso es pedir algo que la ley no contempla y no es lógico que requiera. La orden y su contenido se precisan para afectar un bien constitucionalmente tutelado y constatar la recta motivación del proveído, como sucedió en este caso; no para que, por anticipado, se haga una lista de las pruebas que se encontrará. Siendo así, no había impedimento alguno para que la prueba excluida por los jueces fuera valorada como parte del acervo probatorio referido a la eventual responsabilidad penal de M.F. En consecuencia, debe declararse con lugar la impugnación presentada, anulando el fallo recurrido, así como el debate que la precedió. Se ordena el reenvío para nueva sustanciación.

(S 1363-04 de las 11:20 hrs. del 26-11-04 de la STC).

La intervención de comunicaciones se encuentra regulada en los artículos 9 y siguientes. Señala esta norma que puede autorizarse la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando sea necesario para la investigación de los delitos de secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado, genocidio, terrorismo y los delitos previsto en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas. El legislador, en su competencia para diseñar la política criminal, ha establecido una prioridad en la investigación de estos delitos, posibilitando la utilización de la intervención telefónica¹⁰⁸.

108 Afirma Fernando Cruz que es impensable que la intervención de las comunicaciones orales sea necesaria en relación con la mayor parte de los delitos comunes, especialmente en los delitos contra la propiedad cometidos por personas de bajos ingresos. No obstante, considera que se trata del instrumento idóneo en la investigación del crimen organizado, la corrupción, etc. *"Existe un arraigado prejuicio contra este instrumento de investigación, lo que demuestra, en último término, el temor inconsciente que existe entre las agrupaciones políticas de enfrentar la corrupción con los instrumentos adecuados. Se prefiere la retórica, los discursos, pero no se aborda el tema desde una perspectiva realista. A pesar del inevitable avance y transformación de los instrumentos de comunicación, el Estado prefiere seguir investigando los delitos con los instrumentos del siglo XIX. Esa preferencia puede reflejar nuevamente el fariseísmo que ha caracterizado la acción estatal en la persecución de la corrupción"*. Cruz, Castro. *La investigación y persecución de la corrupción. observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los Sistemas Penales Latinoamericanos*. En: Una oportunidad para reflexionar, San José, Costa Rica, 2000, pp. 206-207.

La Sala Constitucional ha señalado que la intervención telefónica implica dos aspectos esenciales. En primer lugar, el procedimiento técnico que permite y facilita la realización de la intervención en sí misma y comprende la colocación de una serie de cables que se adhieren a la central telefónica y al número telefónico cuya interceptación se pretende, así como la instalación del equipo de registro o grabación del contenido de las llamadas, el cual queda registrado en un casete que es periódicamente retirado y reemplazado para hacer un procedimiento continuo de la grabación, según el período en que esta haya sido acordada por la autoridad judicial; actos que puede realizar tanto la Policía como el Ministerio Público. Por otra parte, el término hace alusión a las implicaciones mismas del procedimiento de intervención telefónica; es decir, lo que se busca con dicho procedimiento y lo que con él se comprende.

Desde esa óptica, ha diferenciado entre la intervención telefónica y que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas, y el procedimiento de “rastreo” telefónico; procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse sobre el contenido de la comunicación o conversación propiamente.

La jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Tercera, en el caso de los registros de llamadas telefónicas, permite que la diligencia sea autorizada por autoridades distintas del juez. En el caso de la Sala Constitucional, en la sentencia 3444-97¹⁰⁹ de las 10:21 hrs. del 20-06-97, se había dispuesto que los registros de llamadas no calificaban como documentos privados, sino que más bien, se trataba de comunicaciones que, por ende, debían regularse

109 *“Resulta equivocada la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley en el presente caso, pues se ordenó secuestrar el listado de llamadas telefónicas recibidas por la empresa, que luego las transmite a un aparato receptor (beeper). Ese registro no es un documento privado, es decir no es un documento en sentido estricto, sino que es uno que sirve para documentar comunicaciones entre particulares y por ello, la norma aplicable en el presente caso es el artículo 9 de la Ley N 7425, [...] La intervención de comunicaciones de este tipo, ya sea de la documentación de la existencia de la comunicación -por ejemplo la fecha y hora en que una persona se comunicó con otra-, la identidad del emisor del mensaje y de su receptor, o del contenido de las comunicaciones -listado de mensajes recibidos por vía telefónica para una persona determinada- puede ordenarse únicamente en casos en que se investiguen los delitos de secuestro extorsivo o los previstos en la Ley de Sustancias Sicotrópicas -artículo 9 de la Ley N 7425- y mediante los procedimientos establecidos en el artículo 10 y ss”. (S 3444-97 de las 10: 30 hrs. del 20-06-97 de la SC).*

conforme al régimen de intervenciones telefónicas, modificando expresamente el antecedente 4454-95¹¹⁰, donde había señalado lo contrario que implicaba que el “rastreo” solo podía ser utilizado en la investigación de los hechos punibles previstos en el artículo 9 de la Ley 7425¹¹¹. No obstante, en la sentencia 7239-98, sin indicarlo expresamente, la sala asume que el rastreo de llamadas no constituye una intervención de comunicaciones e incluso legitima su uso en el caso concreto, por parte del Tribunal de la Inspección Judicial que lo utilizó para una investigación disciplinaria:

- 110 *“Hay que señalar que el rastreo, si bien está comprendido dentro de lo que constitucionalmente se ha llamado intervención de comunicaciones», en el caso de las comunicaciones telefónicas, su incidencia y la afectación que representa para el secreto de las comunicaciones es mucho menor de la que se da con la tradicionalmente llamada intervención telefónica», que comprende el registro y posibilidad de escucha de las conversaciones. El rastreo únicamente permite obtener el número del cual provienen las llamadas o bien hacia el que se dirigen, sin conocer la identidad de los interlocutores ni mucho menos el contenido de la conversación, aspectos estos últimos que requerirían de mayor análisis y precisión para considerar el consentimiento como legitimador de su registro [...] La forma pues de que las autoridades judiciales conozcan los resultados del rastreo» es entonces mediante documentos, que aunque públicos, en el sentido de que son obtenidos de dependencias oficiales, contienen información de carácter privado, referida a sujetos determinados, por lo que su conocimiento incontrolado o indiscriminado está en riesgo de lesionar la inviolabilidad de los documentos de carácter privado así como el secreto mismo de las comunicaciones [...] La particularidad que rodea al procedimiento de rastreo telefónico consiste, como se dijo, en que la información obtenida se registra en documentos. En este caso, entra a regir concomitantemente el numeral 1 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos privados, en donde expresamente se define como documento privado, entre otros a “cualquier otra forma de registrar información de carácter privado utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo”, definición dentro de la cual encaja precisamente esta clase de documento mediante el cual se registra el resultado del rastreo telefónico efectuado. Así, aunque como se dijo este procedimiento tenga relación directa con las comunicaciones y su inviolabilidad, la incidencia del mismo es obviamente distinta de la que se produce por el registro mismo de las llamadas, que implica imposición de su contenido. Se combina en el procedimiento de rastreo una incidencia en las comunicaciones telefónicas y la inviolabilidad de los documentos privados. Por esta última razón, el juez ha de autorizar mediante resolución fundamentada el procedimiento de rastreo y su registro en documento. Convertida la información así obtenida en documento, rigen las disposiciones relativas a éstos, pudiendo el juez autorizar el examen de éstos mediante resolución fundada a los oficiales encargados de la investigación”.*
(S 4454-95 de las 11:12 hrs. del 12-08-95 de la SC).

- 111 La Sala Tercera de la Corte criticó en su momento esa posición de la Sala Constitucional, considerando que debían diferenciarse los casos donde media una verdadera interceptación de las comunicaciones, en tiempo presente; de los casos en donde se cuenta con un registro de esa comunicación: *El elemento esencial del concepto de “intervenir”, para los efectos que aquí interesan, radica, como su propia acepción lo señala, en que tiene lugar contemporánea o simultáneamente con la comunicación, es decir, en el mismo momento en que ésta se produce, de tal forma que es interceptada (mediante grabación, escucha directa, lectura, filmación, etc.) antes de que llegue a su destinatario, o en el preciso instante en que es recibida por éste, pero siempre durante ella. Es evidente que, una vez producido y finalizado el proceso comunicativo, éste no podrá ser objeto de intervención, sino a lo sumo reconstruido a través de medios probatorios por completo ajenos al mecanismo de interferencia en examen (v. gr. Declaraciones testimoniales, documentos, etc.) pues es lógicamente imposible intervenir (tomar parte, interferir) en un suceso del pasado.* (S 132-98 de las 9:00 hrs. del 20-02-98 de la STC).

[...] en el caso en estudio, se observa que la parte recurrida ordenó el rastreo de las llamadas enviadas y recibidas desde el teléfono celular del recurrente con el objeto de verificar si el argumento dado por éste en su defensa, en el sentido de que había conversado con un supuesto informante y que en razón de ello había tenido que tomar el vehículo de uso oficial, era o no cierta, por lo que no se aprecia la violación de derechos fundamentales alegada en este recurso toda vez que en ningún momento se tuvo acceso al contenido de las llamadas hechas o recibidas.

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte, mediante las sentencias 871-05 y 1172-05, estableció que el listado o rastreo de llamadas puede ser autorizado por el fiscal o incluso por la Policía, sin que se requiera de la orden de un juez:

Los recurrentes parten de la premisa equivocada de equiparar los rastreos o listados de llamadas telefónicas, con la intervención o conocimiento de las conversaciones ejecutadas por esa vía. En los primeros no se hace referencia alguna al contenido de las comunicaciones, sino que más bien la actividad se limita a identificar las llamadas entrantes y salientes de un número telefónico, consignándose los números hacia donde se dirigen las llamadas y los correspondientes de las recibidas, así como su duración, fecha y hora. En el caso en particular, no se practicaron intervenciones telefónicas, sino únicamente rastreos de llamadas y en los términos aludidos, la prueba podía gestionarse, incluso sin orden jurisdiccional. Con motivo de un reclamo similar, ya tuvo ocasión de expresar esta Sala: "... Debe recalcar, que la policía judicial estaba autorizada para solicitar la información cuestionada y que en todo caso se limitó a solicitar el rastreo telefónico, que tenía por objeto determinar de qué teléfonos procedían las llamadas y hacia cuáles se dirigían. Esta Sala ha señalado que la policía judicial puede realizar diligencias sin necesidad de contar con la participación del juez penal o del Ministerio Público, porque: "... como entidad investigadora o "represiva" que es, dentro de sus funciones cuenta con una serie de facultades que le permiten intervenir inmediatamente cada vez que reciba noticia de un hecho delictivo, sea que este ya haya ocurrido, está ocurriendo o vaya a ocurrir. Esta actividad, conforme a los parámetros de legalidad que orientan su labor y que se encuentran previstos en el Código Procesal Penal y en la Ley Orgánica del Organismo de

Investigación Judicial, le posibilitan actuar de oficio, o bien, de acuerdo con las circunstancias, ante la solicitud que le presenta la respectiva autoridad judicial. (Arts. 286 del Código de rito y 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial).. En el presente asunto, la gestión para secuestrar los registros de llamadas y su valoración en el fallo, se aprecia acorde con lo dispuesto en los numerales 182, 183, 184, 198 y 201 del Código Procesal Penal, que sin lugar a dudas fueron observados a cabalidad, excluyéndose el vicio en torno a la existencia e incorporación de prueba espuria...” (fallo # 871, de 9:20 horas del 12 de agosto de 2005). En tratándose de labores de acopio y sistematización de la información, que puede válidamente llevar a cabo la policía judicial¹¹².

(S 1172-05 de las 9:30 hrs. del 14-10-05 de la STC. En el mismo sentido, S 871-05).

En la sentencia 3890-07 de las 15:51 hrs. del 20-03-07, la Sala Constitucional al resolver un recuso de amparo referido a una causa disciplinaria de una funcionaria judicial, modificó su criterio, en cuanto a quién puede ordenar el listado de llamadas y señaló que solo puede ser ordenado por una orden judicial, en virtud de que implica una intervención de comunicaciones:

[...] se acusa la infracción del derecho a la intimidad de la amparada, tutelado en el numeral 24 de la Constitución Política, por la utilización, en el proceso disciplinario seguido en su contra por el Tribunal de la Inspección Judicial, del informe del Ministerio Público referente a las llamadas telefónicas entrantes y salientes del teléfono 382-4312, que consta a folios 12 a 28 del expediente disciplinario. Estima este Tribunal, que lleva razón la recurrente en el sentido de que la utilización de dicha prueba, en la causa disciplinaria seguida en su contra lesiona sus derechos fundamentales. En primer término, porque la Constitución Política establece que sólo por orden jurisdiccional resulta legítima la intervención de cualquier tipo de comunicación,

112 Pueden consultarse al respecto, las circulares 2-06 del 27-01-06; 3-06 del 09-02-06 de la Fiscalía General de la República.

cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento. Ninguna de esas condiciones se cumple en el presente caso, pues a la amparada se le siguió una causa disciplinaria, no una investigación relacionada con un delito, y por consiguiente la intervención nunca fue ordenada por una autoridad jurisdiccional. El artículo 24 de la Constitución Política prevé la intervención de cualquier tipo de comunicación, para la investigación de delitos, investigación que se realiza tanto en la etapa de investigación policial, a fin de identificar a los presuntos responsables e incoar en su contra un proceso penal, como durante la etapa de la instrucción judicial del asunto, etapa en la que la actuación exigida del juez lo es como garantía de cumplimiento de las restricciones que la Constitución establece en protección de la intimidad de los habitantes de la Nación (sentencia N.3195-95 de las 15:12 horas del 20 de junio de 1995). En ese orden de ideas, resulta claro para la Sala, que al tratarse la presente de una causa disciplinaria, la utilización de los registros de llamadas entrantes y salientes del teléfono utilizado por la amparado lesiona el numeral 24 de la Constitución Política.

VII.- No es de recibo el argumento del Presidente del Tribunal de la Inspección Judicial, en el sentido de que no resulta ilegítima la utilización del “rastreo” de llamadas salientes del teléfono en cuestión, porque el contenido de las mismas no fue utilizado, sino que el registro contempla únicamente los números telefónicos a los que se dirigieron las llamadas, fecha hora y duración de las mismas, lo cual de conformidad con la sentencia de esta sala 7239-98 no lesiona los derechos fundamentales de la amparada. El precedente señalado no resulta aplicable, pues en ese caso concluyó la Sala que la utilización de los registros de llamadas no lesionaba el derecho a la intimidad del amparado, porque se ordenó el rastreo de las llamadas enviadas y recibidas desde su teléfono celular con el objeto de verificar su argumento de defensa, en el sentido de que había conversado con un supuesto informante, y que en razón de ello, había tenido que tomar el vehículo de uso oficial, era cierta o no. Es decir, al ofrecer dicho argumento el investigado, la parte recurrida se vio en la necesidad de corroborarlo, de lo que resulta que éste consintió en que se analizaran los registros de llamadas de su teléfono a fin de verificar su dicho. El consentimiento es el elemento relevante en ese caso, pues es el titular

del derecho, el que permite que ese ámbito de intimidad sea analizado. En atención a lo expuesto, estima la Sala que el recurso debe estimarse, por constatarse la infracción al numeral 24 de la Constitución Política, por lo que la resolución que sancionó a la amparada debe ser anulada. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda el procedimiento reanudarse prescindiendo de dicha prueba. El Magistrado Armijo declara con lugar el recurso por razones diferentes y el Magistrado Solano Carrera salva el voto y declara sin lugar el recurso.

No obstante, esa posición es abandonada nuevamente en las sentencias 17097-07, 17550-07 y 17935-07, donde se retoma la posición anterior, al señalarse que el listado de llamadas puede ser ordenado directamente por el fiscal o por la Policía, por diferenciarse de una intervención de comunicaciones, propiamente dicha.

En cuanto a las intervenciones telefónicas, establece la Sala Constitucional que la garantía establecida en el artículo 24 constitucional se satisface con el cumplimiento de las siguientes exigencias: a) Intervención necesaria del juez en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones. b) La exigencia a este de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo. c) La exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para lo cual posee una responsabilidad indelegable. d) El juez se debe imponer sobre el contenido de la comunicación intervenida y sea él quien discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la Policía. Con ello se pretende que el juez que autoriza la intervención de las comunicaciones mantenga un estricto control sobre todas las diligencias, sin abandonarlas al criterio y arbitrio de la autoridad policial. Así el artículo 16 de la ley señala que el juez que ordena la intervención será el responsable directo de todas las actuaciones realizadas en aplicación de las medidas, sin que pueda haber delegación alguna en este sentido, ya que el personal técnico encargado de ejecutar la medida quedará subordinado a la autoridad judicial correspondiente, mientras dure su aplicación.

(S 3195-95 de las 15:20 hrs. del 20-06-95 de la SC).

De esta manera, los actos materiales de la intervención pueden ser realizados por la Policía o el Ministerio Público, debidamente autorizados por el juez.

La Sala Tercera estableció que estos funcionarios se pueden encargar de la remoción de los casetes y el juez únicamente debe consignar su firma, pues no es materialmente posible que los jueces realicen esas labores por sí mismos:

[...] en cuanto al segundo alegato formulado, en el sentido de que la intervención telefónica fue realizada de manera ilegal, por vulnerarse el artículo 19 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, este extremo de la gestión también debe ser declarado sin lugar. El artículo en mención establece que “Mediante acta con las formalidades señaladas en la ley, el Juez a cargo de la intervención deberá hacer constar la hora y la fecha en que se remueva cada implemento de grabación y registrar cualquier otra información pertinente.” Dichas actas resultan visibles (en el caso de las comunicaciones telefónicas de la gestionante que fueron intervenidas) a folios 436 a siguientes, y en cada una de ellas se puede apreciar la firma de los oficiales de la policía judicial autorizados para realizar la colocación y remoción de las cintas de audio, así como la rúbrica del juez penal (en este caso ubicada sobre el sello del despacho) encargado de la intervención y quien quedó en custodia de dichos cassettes. Debe aclararse sin embargo, que la obligación impuesta por ley para el juez penal consiste en hacer constar mediante acta la hora y fecha en que se remueve cada implemento, cada respaldo de grabación, y bajo ninguna circunstancia debe entenderse dicha obligación en el sentido de que la autoridad jurisdiccional tenga el deber de realizar todos y cada uno de los actos materiales requeridos para ejecutar una intervención telefónica. Para el cumplimiento del numeral 19 citado bastará entonces con que los oficiales autorizados al efecto se encarguen de realizar la remoción y colocación de cassettes, y que el Juez suscriba el acta respectiva haciendo constar la realización de tal diligencia, debiendo aclararse, eso sí, que la cinta de audio removida le ha sido entregada de inmediato a la autoridad jurisdiccional para que la tenga bajo su custodia. Una interpretación en contrario, como la que pretende la accionante, generaría la obligación de disponer la existencia de jueces penales encargados exclusivamente de estar quitando y poniendo cintas de audio en cada una de las intervenciones telefónicas que se realizan en el país, lo cual resulta absolutamente imposible de realizar desde el punto de vista material.

(S 1426-05 de las 11:00 hrs. del 07-12-05 de la STC).

Resulta de interés la jurisprudencia emitida con ocasión de la utilización de mensajes enviados por medio del correo electrónico, aportados por un particular como elementos de convicción para la investigación de una causa penal. Una funcionaria de la organización no gubernamental (O.N.G.), denominada “Casa Alianza”, localizó una página virtual de un grupo que se dedicaba a la pedofilia; estableció comunicación con ellos con el exclusivo interés de verificar que estaban implicados en actividades delictivas de contenido sexual, haciéndose pasar por alguien interesado en el tema. De esta forma, empezó a recibir información que fue utilizada en las investigaciones que condujeron al enjuiciamiento de los involucrados. Para analizar la legitimidad de la obtención de esa información, la sala aplicó la teoría del riesgo que, en la doctrina, constituye una excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado:

[...] el acceso al correo electrónico de las personas, al igual que otros medios de comunicación, están amparados por el derecho constitucional a la intimidad (artículo 24 de la Carta Magna). Empero, ello no significa que la tutela de la autodeterminación informativa sea irrestricta, pues en circunstancias excepcionales el titular de los datos puede consentir en que se difundan a terceros. Establecido este principio general, adicionalmente debe tomarse en cuenta, que cuando se ofrece una dirección de correos por Internet, dirigida indiscriminadamente a cualquier persona que desee tener contacto con otras personas, se parte del hecho de que se podrá acceder a ella en cualquier momento, desde cualquier lugar y con cualquier objetivo, incluso aquel para el que originalmente se decidió poner esa dirección en la amplia red mundial denominada Internet. Desde esta última perspectiva, quien haga esto acepta la posibilidad de que a dicha dirección pueden llegar mensajes de cualquier criterio, tema y calidad y por supuesto, correos provenientes de quienes investigan sucesos delictivos. Es el titular de la cuenta electrónica quien decide, caso por caso, si opta por responder o no mensajes de procedencia desconocida y eventualmente, iniciar comunicación con otras personas. Con ello, voluntariamente asume el riesgo de que, por las condiciones de anonimato facilitadas por la citada red, la persona con la que se comunique pueda ser o no, quien dice ser. Al dar inicio al intercambio de opiniones, textos, fotografías, vídeos y otros documentos, igual que como sucede con la correspondencia tradicional, quien los remite puede representarse como posible que

el destinatario no lo reserve, máxime si como sucedió en la especie, las comunicaciones versaban sobre la estructura organizativa de un grupo criminal encaminado a corromper sexualmente a menores de edad y a intercambiar material pornográfico prohibido. En la especie sometida a examen, no existió una imposición indebida de las comunicaciones privadas de parte de los funcionarios encargados de realizar la investigación penal, pues es cierto que la correspondencia electrónica fue agregada a la denuncia, por la persona que había creado la cuenta virtual de correo. Llegado a este punto, conviene tener presente que en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, se ha expuesto la denominada **“teoría del riesgo”** como excepción a la regla de los **“frutos del árbol envenenado”**, teoría ésta que como es sabido tiene aplicación, cuando para obtener el material probatorio se violenten derechos fundamentales de forma tan decisiva, que contaminen con la misma invalidez los actos probatorios o procesales derivados de la infracción procesal originaria (regla de exclusión probatoria). Esta teoría del riesgo, que impide considerar como ilícita la prueba obtenida, se fundamenta en que en todas las actividades cotidianas de comunicación entre dos o más personas, quien hace revelaciones extraprocesales y voluntarias ante un particular, respecto a un ilícito o realiza actividades relacionadas con éste, asume el riesgo de que el interlocutor lo delate, de forma que ese conocimiento pueda aprovecharse en las investigaciones originadas o que pueda respaldar.

(S 457-03 de las 15:20 hrs. del 05-06-03 de la STC).

En un reciente fallo, la Sala Constitucional se pronunció en relación con el derecho a la intimidad que debe tutelarse en el lugar de trabajo, concretamente en cuanto a los correos electrónicos de carácter personal que el trabajador o funcionario mantenga en el disco duro de la computadora que utiliza para sus labores. Se indicó al respecto:

El artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a la intimidad que, entre otras cosas, pretende garantizarle a todo individuo un sector personal, una esfera privada de su vida inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado. Como una de sus manifestaciones

expresamente contempladas en la Constitución Política se encuentra la inviolabilidad de los documentos privados. Esta garantía protege la libertad de las comunicaciones y prohíbe que cualquier persona –pública o privada– pueda interceptar o imponerse del contenido, de manera antijurídica, de las comunicaciones ajenas. En este sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 6776-94 de las 14:57 hrs. del 22 de noviembre de 1994, indicó lo siguiente: “El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona; esta limitación puede manifestarse tanto en la observación y captación de la imagen y documentos en general, como en las escuchas o grabaciones de las conversaciones privadas y en la difusión o divulgación posterior de lo captado u obtenido sin el consentimiento de la persona afectada.” (Subrayado no es del original). Asimismo, el texto constitucional en su artículo 24 se refiere a la inviolabilidad de los “documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República”, con lo cual, es evidente, que dicho derecho se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada con independencia de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación. Entonces, es claro que se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos pues la intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo. Ahora bien, en el caso concreto descrito por la recurrente, observa esta Sala que se ha infringido ese fuero de protección, al

haberse expuesto su intimidad mediante la aportación de unos correos privados al procedimiento administrativo citado, entre los que se refieren a una supuesta relación amorosa que mantenía o mantiene con otra persona y los cuales se obtuvieron de la computadora que le había sido designada para realizar su trabajo. Se considera que no existe proporcionalidad entre el fin perseguido por el quejoso en el asunto de interés, a saber, demostrar la supuesta deslealtad de la amparada para la empresa que trabajaba con la divulgación o exposición de las citadas comunicaciones. Además, es preciso señalar que el correo electrónico y los documentos electrónicos almacenados en la computadora que utilizaba la recurrente están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y nunca podría realizarse un control de los mismos con garantías inferiores a las establecidas por el mencionado precepto constitucional. Asimismo, el hecho que la computadora sea propiedad de la empresa empleadora, no significa que la amparada haya renunciado completamente a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por cuanto, como se indicó anteriormente, la garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio sino que es independiente de la titularidad del soporte. (En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998 No. 872/1997, caso Lambert c. Francia). Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada vez que ingresan a su lugar de trabajo, sino que, por el contrario, esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador - sea público o privado -, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores. La apertura por el empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del trabajador sólo es justificable en circunstancias muy limitadas ya que el acceso a este tipo de datos no es necesario para satisfacer un interés legítimo del empleador, debiendo prevalecer por el contrario el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Se estima que la actuación del Colegio demandado no ha sido acorde con la protección de tal derecho pues ha sido el llamado ante la prueba documental que aportó el quejoso, a evitar que la amparada fuera expuesta en tal situación. Máxime, si lo que se pretende

demostrar es que supuestamente la recurrente le facilitaba información de máxima confidencialidad a quien no correspondía mediante correos electrónicos. Aparte de que se desprende de la documentación aportada que los mismos fueron remitidos del correo personal de la recurrente, lo cual evidentemente era de conocimiento del Colegio demandado.

(S 5607-06 de las 15:22 hrs. del 26-04-06 de la SC).

Según el contenido de este fallo, no podría ordenarse la apertura de los mensajes de correo electrónico de ninguna persona, sin observarse los requisitos que establece la Ley de Registro y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones, N.º 7425.

Si se sigue el criterio de la Sala Tercera de la Corte, expuesto principalmente en la sentencia 132-98 de las 9:00 hrs. del 20-02-98, según el cual solo se da una “intervención” propiamente dicha en los casos cuando sea posible imponerse sobre el contenido de la comunicación en el momento que esta se produce –criterio que originalmente sostuvo la Sala Constitucional en la sentencia 4454-95-, y tendría que aplicarse la normativa correspondiente al registro y secuestro de documentos, dado que se trataría de documentos electrónicos.

No obstante, si se sigue el criterio que la Sala Constitucional estableció en la sentencia 3444-97 de las 10:21 hrs. del 20-06-97, tendría que indicarse que las normas que resultan aplicables son específicamente las de la intervención de comunicaciones y, con ello, su utilización se restringiría a la investigación de los delitos que están contemplados en el artículo 9 de la Ley N.º 7425. Conforme se señaló, la sala cambió su criterio tácitamente en relación con los listados de llamadas; pero no está claro si esa modificación podría aplicarse a este caso.

Nos parece que la posición más razonable es la que sugiere aplicar el régimen del secuestro y registro de documentos, pues aunque se trate de comunicaciones, asumen la forma de documento, al igual que podría señalarse respecto de un mensaje enviado por una carta. Distinto sería el caso de una imposición de la comunicación en el momento que esta se produce. En este caso, sí tendría que acudirse al régimen previsto en los artículos 9 y siguientes de la ley, el cual es más riguroso.

Se debe agregar que conforme se ha señalado, la ley que regula la intervención de comunicaciones es de carácter procesal y, por ende, no puede alegarse la aplicación del principio de la ley más favorable, razón por la cual, la norma que debe aplicarse es la vigente al momento en que se realice la intervención, ya que las actuaciones no se invalidan en virtud de una reforma legal posterior. Esto se cuestionó con ocasión de la reforma que se había introducido a la ley, en el sentido de que solo se incluían los delitos de tráfico de droga a nivel internacional¹¹³.

C) La cadena de custodia

La cadena de custodia de la prueba atiende a la forma en que esta es incorporada al proceso y cumple su objetivo cuando el elemento se preserva incólume, de manera que el laboratorio o el tribunal, en su caso, puede otorgarle absoluta fiabilidad a la información relacionada o extraída. En el manejo de la prueba, se presentan distintas fases, tales como: el momento de extracción o recolección de la prueba, la preservación y empaque, el transporte y traslado y la entrega apropiada y custodia posterior.

Cuando se produce un problema de rompimiento de la cadena de custodia, se da origen a la prueba no idónea, cuyo valor está afectado por el defectuoso manejo hecho por los operadores del proceso que impiden asignarles fidelidad y pureza a sus resultados, por lo que, al igual que la prueba ilícita, no puede ser tenida como sustento de la decisión, porque su aporte carece de idoneidad.

113 “[...] Las intervenciones telefónicas no son figuras penales, pues ellas no sirven de parámetro típico para determinar si una conducta es delictiva o no. Son herramientas de investigación, que son útiles para superar el fuero de la intimidad personal y así buscar elementos que permitan esclarecer si una persona ha cometido un delito o no. Lo anterior encuentra respaldo en la misma ley, cuyo articulado contiene nada más que la regulación de los casos en que procede –entre otros– intervenir comunicaciones y la forma como ha de autorizarse tal cosa, todo bajo el supuesto de que la medida sea indispensable para determinar la verdad en torno a la comisión de un delito. Precisamente por su naturaleza procedimental, la Ley N° 7425 y sus reformas no puede aplicarse retroactivamente [...] este tipo de medida se adopta como parte de una investigación con la que se pretende averiguar si alguna persona debe ser llevada a juicio como presunta responsable de haber cometido un delito. En esa tesitura, se trata de una norma procedimental, con respecto a la cual [...] no es viable discutir si fue desplazada por otra posterior que el reo considere más beneficios.[...] A pesar de que dicha normativa fue reformada posteriormente, ello no torna en ilegítimas las actuaciones realizadas al amparo de aquella que estaba vigente al momento de su realización, como lo pretende el licenciado P.G., máxime que como se indicó, no puede aplicarse retroactivamente una normativa de carácter procesal. En consecuencia, se declara sin lugar el presente alegato”.

(S 1422-05 de las 10:15 hrs. del 07-12-05 de la STC. En el mismo sentido, 883-02 de las 15:45 hrs. del 12-09-02; 115-04 de las 10:00 hrs. del 20-02-04 de la misma sala).

Por cadena de custodia se entiende una serie de procedimientos de índole técnica y científica, relacionada con la recolección, levantamiento, aseguramiento, de los indicios o la evidencia material de un hecho delictivo para su introducción al proceso, como prueba material o como elemento para ser analizado científicamente y obtener de ellos datos científicos y elementos de prueba que permitan descubrir la forma en que el hecho se cometió o sus autores. Se trata de una serie de pasos que deben garantizar, con plena certeza, que las muestras y objetos por analizar y que posteriormente serán expuestos como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos.

En relación con este tema, la Sala Constitucional estableció:

[...] es claro que la llamada cadena de custodia de la evidencia constituye -junto con otros elementos- una formalidad instituida para garantizar una válida producción y mantenimiento de elementos probatorios del proceso penal. Desde esa perspectiva resulta incuestionable que si un determinado elemento probatorio padece irregularidades en la cadena de custodia de la evidencia que lo conforma, su validez resultará afectada y no será entonces apto para el fin que persigue, cual es la demostración de un determinado hecho o acontecimiento. No obstante, la relevancia de los vicios en la cadena de custodia depende absolutamente de la que tenga el elemento probatorio de la que ella forma parte, de manera que sólo se constituirá en infracción al derecho al debido proceso que puede afectar la validez del fallo, cuando haya ocurrido dentro del procedimiento para la producción de elementos probatorios esenciales para resolver el asunto, en el sentido de que la ausencia de esa prueba torne imposible la atribución del hecho al imputado. Corresponde entonces a la Sala consultante establecer si existen las condiciones recién expuestas en el caso concreto, pues si así fuera y realmente se hubiera violado la cadena de custodia de la evidencia con que se demuestra un hecho importante del caso, se habría violado el debido proceso del recurrente.

(S 7179-99 de las 14:45 hrs. del 16-09-99 de la SC. En el mismo sentido, la S 6469-99 de las 14:33 hrs. del 18-08-99; 156-00 de las 16:18 hrs. del 1-05-00 de la misma sala).

Resulta de gran importancia la sentencia 368-92, de las 8:55 hrs del 14 de agosto de 1992, de la Sala Tercera de la Corte, donde se sentaron las bases para el desarrollo jurisprudencial del tema. En dicha sentencia se señaló:

[...] Debemos reconocer que en nuestro sistema nos hemos preocupado muy poco por garantizar lo que algunos denominan la “cadena de custodia”, y tienen toda la razón los señores Jueces Superiores al afirmar en este caso concreto en la sentencia que “[...] el Tribunal no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía y tenerlas como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas, como sería haber realizado la cadena de custodia hasta hacer llegar los objetos del ilícito hasta el juez, como hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso, indicar con una marca o cualquier otro símbolo que correspondía al caso en estudio, llevarlo de esa forma hasta el Organismo de Investigación Judicial e indicarse cuál investigador lo pasaba a la sección correspondiente para su respectivo análisis, y así en una secuencia lógica y de custodia llegara hasta el Juez [...]”. Pero debemos agregar que ese deber va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y Secretarios de los Despachos Judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros. Hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase del transporte o traslado; y, finalmente, la entrega apropiada de la misma. De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice

con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por diferentes razones deben manipular dichos elementos. Este aseguramiento constituye una de las recomendaciones básicas y elementales que se hacen en diferentes manuales de investigación policial [...].

Como normativa que regula lo referente a la cadena de custodia, pueden citarse los artículos 67, 69, 180, 183, 186, 283, 285 286 inciso c), 287, 289, párrafo tercero, del Código Procesal Penal y los artículos 3, 4 incisos 2, 4 y 5; 5 y 9 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, número 5524 del 07-05-1974 y sus reformas¹¹⁴.

114 *“Artículo 3º.- El Organismo de Investigación Judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables, y a reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación. Si el delito fuere de acción o instancia privada, solo actuará en acatamiento a orden de autoridad competente, que indique haber recibido la denuncia o acusación de persona legalmente facultada. Artículo 4º.- El Organismo tendrá, entre otras que legalmente le sean señaladas, las siguientes atribuciones: [...] 2) Cuidar que se conserve todo lo relacionado con el hecho punible y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad competente. No obstante, cuando se trate de heridos, tomará las medidas necesarias para su curación, trasladándolos inmediatamente a donde se les preste auxilio. Mientras llega al lugar de los hechos la respectiva autoridad, los miembros del Organismo practicarán las diligencias técnicas de su incumbencia que consideren necesarias para el éxito de la investigación; [...] 4) Hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante los exámenes, inspecciones, planos, fotografías, y demás operaciones técnicas aconsejables; 5) Recoger todas las pruebas y demás antecedentes, que tengan importancia en el caso [...]. Artículo 5º.- Inmediatamente después que el Organismo tenga noticia de la comisión de un delito se trasladará sin demora alguna, al lugar del suceso, y dará aviso a la autoridad judicial competente; recogerá los objetos, armas e instrumentos que hubieren servido o estuvieren preparados para la comisión del hecho y cualesquiera otros que puedan servir para la investigación; y realizará todas las demás diligencias procedentes que fueren necesarias para hacer efectivo su cometido. Artículo 9º.- El Organismo dejará constancia de las cosas, hechos o circunstancias de interés en la investigación, por medio de memorias, informes, diseños y cualesquiera otros medios científicos, tales como fotografías, fotocopias, cintas magnetofónicas, diagramas, planos, etcétera. Los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvo, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre.*

Refiere la Sala Tercera de la Corte que

[...] una defectuosa cadena de custodia puede encubrir supuestos de prueba espuria, por ejemplo, por tratarse de prueba suplantada o fraudulenta, en cuyo caso habría una actuación ilícita de parte de las autoridades de policía dirigida a atribuir falsa evidencia al acusado. Sin embargo, como se indicó, la cadena de custodia sirve para garantizar la identidad de la evidencia física –como prueba material- y a su vez, de los resultados de las pericias científicas que pudieran haberse practicado a la misma, de modo tal que si ésta se irrespeta, los deberes de aseguramiento y custodia que se asignan a la policía y al Ministerio Público habrían fallado y la prueba obtenida en tales condiciones ingresa “ defectuosa ” al proceso por ser inidónea y por ello, no podría ser base de un fallo. Si en una sentencia no se aprecia correctamente la cadena de custodia siendo en consecuencia, un problema de idoneidad de la prueba y de aplicación de la sana crítica en la consideración de su peso probatorio, por tratarse de evidencia que ha sido mal manejada o de resultados periciales que se originan en prueba con un defectuoso manejo. El defecto es en realidad en la ponderación, en el razonamiento de los Juzgadores al apoyarse en prueba de esa naturaleza y no en la ilegalidad de la prueba en sí misma. Se trataría de darle mérito a prueba no fiable y no de la incorporación de prueba ilegal.

(S 412-06 de las 15:10 hrs. del 10-05-06 de la STC).

Como aspectos generales que se pueden extraer de la jurisprudencia, en cuanto al manejo de la evidencia y cadena de custodia, pueden citarse:

Se ha resuelto que no todo procedimiento irregular del manejo de la prueba provoca una ruptura de la cadena de custodia, y se debe demostrar que la anomalía provocó una pérdida o alteración de la fiabilidad de la prueba:

Por otro lado, lo que no resulta razonable es presumir que, por no haber sido permanente ese contacto visual, se hubiera irrespetado la cadena de custodia. Como ya es opinión común en el foro nacional, la cadena de custodia pretende garantizar que la prueba no se altere en sus propiedades o en su fiabilidad. Si el procedimiento no es idóneo en

su manipulación, pero no hay motivo para pensar que se ha alterado o ha perdido su fiabilidad, no se habrá roto esa cadena de custodia. Razonando en sentido contrario, se recurriría a una presunción impermisible en materia jurídica; a saber, que cualquier irregularidad conlleva de suyo la consecuencia más severa, aunque esta no se haya demostrado. Para que se pueda estimar que ello es así, no basta que haya una irregularidad y, a partir de ella presumir o suponer que la prueba ya no es fiel, sino que se precisa acreditar (cosa que omite el a quo), que esa anomalía desembocó en una alteración o pérdida de fiabilidad en la prueba. Todo lo antes consignado, permitía (aun prescindiendo hipotéticamente del testimonio de la fiscal [...]) concluir que la compra controlada había tenido lugar en los términos acusados.

(S 567-06 de las 14:00 hrs. del 19-06-06 de la STC).

-En los casos donde el envoltorio esté parcialmente cerrado, se ha señalado que no es prueba suficiente para afirmar que se rompió la cadena de custodia:

[...] no bastará con insinuar el hecho de que el envoltorio estuviese parcialmente cerrado, sino que debe señalarse si alguno de los funcionarios encargados de custodiar la evidencia infringió su deber de probidad, señalando expresamente en qué consistió la anomalía o patología en el manejo, embalaje o cuidado del objeto decomisado. Al respecto, puede consultarse resolución de esta Cámara # 2001-1041, de 9:40 horas del 29 de octubre de 2001.

(S 445-06 de las 10:50 hrs. del 19-05-06 de la STC. En el mismo sentido, 1041-01, 135-03, 536-04, 906-04, 1033-04 y S 565-03 del TCP).

De igual modo, se ha establecido:

[...] No basta con afirmar que, al no haberse guardado todas las formalidades del caso, se ha violentado la cadena de custodia y transgredido los derechos de la defensa a una prueba legítima en el proceso [...] Lo que no se acomoda a lo deseable no implica por sí mismo una lesión procesal. Si bien debe aceptarse que es recomendable que el cumplimiento de todas esas diligencias tenga lugar dejando pleno registro de la forma en que se desarrollaron, la

ausencia del mismo no significa ni mucho menos que haya habido una incorrecta manipulación de los indicios. A lo sumo comportaría que se incumplieron ciertos deberes administrativos; pero no que haya habido un mal manejo. Precisamente esa es la actitud discursiva del recurrente, quien para favorecer sus intereses da por cierto que, en ausencia de dicha constancia, debe darse por cierta una irregularidad, lo cual no es ni lógico ni empíricamente cierto. [...] De todas maneras, en caso de que hubiere un defecto del acta en ese sentido, la laguna fue suplida a través de los testimonios de los policías, lo que resulta lícito a la letra del artículo 137 del Código Procesal Penal. Finalmente, no se ve cuál es la irregularidad de la actuación policial que denuncia el recurrente, porque los agentes podían por sí mismos practicar el secuestro de los objetos relacionados con el delito, sin necesidad de tener que aguardar la presencia del representante del Ministerio Público o la policía judicial, según lo establece el artículo 198 de ese mismo cuerpo legal, por lo que su permanencia allí (una zona asolada por los secuestros, a altas horas de la noche y en condiciones de oscuridad, después de un robo cuyos autores portaban al menos un arma de alto poder de fuego y algunos de los cuales se encontraban aún en las inmediaciones) no sólo era innecesaria, sino hasta imprudente en tanto no contaran con el apoyo suficiente para enfrentar una vicisitud peligrosa [...].

(Sala Tercera, n.º 900 de las 9:05 horas del 30 de julio de 2004, considerando V, folios 454-456).

(S 336-06 de las 8:00 hrs. del 03-05-06 de la STC).

-No se requiere de la presencia de un juez para que se garantice la cadena de custodia:

[...] el respeto de la cadena de custodia para asegurar la pureza y la licitud de la prueba, no se relaciona con la presencia de un juez que supervise las actuaciones (ni siquiera en los casos excepcionales –definitivos, irreproducibles, que afecten derechos fundamentales– en los que obligatoriamente debe intervenir), sino con el cumplimiento de ciertas normas jurídicas, técnicas y científicas, por parte de aquellos a quienes sí se encomienda las tareas de recolección, embalaje, custodia, documentación, traslado y recepción de la evidencia, así como las de analizarla y rendir la pericia, es decir, su manejo en general.

(S 414-05 de las 8:25 hrs. del 20-05-05 de la STC).

-No resulta indispensable la participación de los fiscales en los actos de investigación, tales como: compras controladas de drogas, seguimientos, etc. No obstante, si se decomisa algún tipo de evidencia, esta debe remitirse de inmediato al fiscal:

Los oficiales de la policía judicial afirman haber realizado la investigación bajo la dirección funcional del Ministerio Público. Sin embargo, en las compras controladas previas a la del operativo final, de las que aparentemente se obtuvo uno y dos puchos de marihuana respectivamente, no participó el fiscal de la zona, tampoco recibió en forma inmediata la droga así obtenida y no consta que recibiera la información de los resultados y avances de las pesquisas –aspectos mínimos para garantizar un control sobre la actividad de la policía y el progreso de las investigaciones-. La no entrega inmediata de la droga al fiscal es lo que torna cuestionable el operativo en este caso concreto. En realidad no hay defecto alguno en que sea la policía la que, como parte de sus investigaciones, realice compras controladas. Corresponderá en todo caso a los jueces valorar la calidad del soporte probatorio de tales pesquisas y su importancia para reforzar el resto del material probatorio. Sin embargo, que el fiscal no participe de estas compras no autoriza que se desvincule de las investigaciones al punto de que no intervenga en el aseguramiento y la custodia de la evidencia, especialmente que no se preocupe por garantizar y sustraer de toda sospecha o posibilidad de manipulación, los resultados que se obtienen y que se supone serán la base para sustentar una acusación. Estos son dos aspectos básicos de las implicaciones que tiene la dirección funcional y el propio esquema diseñado en el nuevo modelo de proceso y que el Fiscal no puede delegar en la policía porque se relacionan directamente con el control que debe ejercer precisamente sobre la actividad policial, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes y el éxito mismo de la investigación. En criterio de la Sala, es inaceptable que la policía custodie evidencias y se encargue, sin informar a nadie y sin control del Ministerio Público fundamentalmente, del recibo, custodia y manipulación de los objetos materiales que se obtienen en las investigaciones.

(S 409-04 de las 9:20 hrs. del 30-04-04 de la STC).

-En este fallo, se indicó que la Policía está en la obligación de asegurar la evidencia, sin que sea necesario que participen el Ministerio Público ni el juez:

Es conveniente considerar que para efectos procesales la cadena de custodia inicia desde que los órganos policiales entran en poder de las evidencias recabadas, y no opera cuando estas se encuentran en manos de particulares que no están obligados a conocer la forma en que deben ser manejados los objetos que eventualmente pueden ser sometidos a investigación policial. En este caso, que nos ocupa, luego que la policía judicial es informada por la empresa UPS, de una irregularidad presentada en un objeto que se pretendía enviar fuera de las fronteras de nuestro país, se inicia propiamente la obligación de trasladar y asegurar las evidencias encontradas, de modo que no exista posibilidad de duda respecto a que lo incautado es lo mismo que luego se lleva a la Fiscalía y a los laboratorios forenses. Por otra parte, en el aseguramiento de la cadena de custodia no se requiere que exista intervención ni del órgano jurisdiccional ni de un representante del Ministerio Público, pues aunque este último es el encargado de la dirección funcional de lo que se investiga, no es necesaria su intervención personal en todas las diligencias que se lleven a cabo.

(S 1409-04 de las 8:55 hrs. del 10-12-04 de la STC).

-El atraso en el envío de la evidencia no implica necesariamente una ruptura en la cadena de custodia:

El segundo motivo consiste en la presunta violación al debido proceso, por haberse transgredido la cadena de custodia, toda vez que el producto de la compra de verificación, fue entregado por el agente encubierto a la autoridad judicial, pese a lo cual se envió al laboratorio hasta un mes después. Por eso se pregunta, dónde estuvo en ese tiempo y quiénes tuvieron acceso a ella? De seguido transcribe jurisprudencia de esta Sala y asevera que la cientificidad del dictamen requería que la sustancia analizada no estuviera contaminada. No es de recibo el reproche: En cuanto al tiempo de envío al laboratorio, porque aunque fueran ciertas las denuncias que hace la defensora,

a lo sumo se estaría ante irregularidades administrativas, que no redundarían en una lesión procesal, pues no se ha sugerido siquiera que las mismas repercutan en la identidad de la evidencia física o su incolumidad. Es decir, aunque hipotéticamente se admitiera ese lento manejo, no por ello se tendría el más mínimo resquicio de que lo analizado por el laboratorio no era la sustancia decomisada a la justiciable o que esta se hubiera alterado. Razonando así, se recurriría en una presunción impermisible en materia jurídica: a saber, que cualquier irregularidad conlleva de suyo la consecuencia más severa, aunque esta no se haya demostrado.

(S 81-05 de las 9:55 hrs. del 11-02-05. En el mismo sentido, 1120-04 de las 10:15 hrs. del 20-09-04, ambas de la STC).

-Se ha establecido que la ausencia de registro de la evidencia no implica en sí mismo un rompimiento de la cadena de custodia:

Dice el defensor que no se levantó un acta de decomiso donde conste que los oficiales de la policía judicial se llevaron la misma droga que se incautó en el centro penal. En esto el impugnante lleva razón. Sin embargo, el hecho de que hayan circunstancias que no fueron debidamente registradas no quiere decir que se deba estimar vulnerada la cadena de custodia, ya que la ausencia de registro, aunque significa un descuido de parte de las autoridades que a la postre puede generar una falta disciplinaria, no constituye un perjuicio procesal en aquellos casos en que no hay razones para suponer que la prueba ha sido alterada. Esta es precisamente la situación que tenemos aquí, pues del informe policial de folios 1 a 3 frente se extrae que la evidencia que incautó la policía fue la misma que la encartada entregó.

(S 398-06 de las 10:15 hrs. del 05-05-06 de la STC. En el mismo sentido 429-05, 295-04 de la STC).

-Se ha resuelto que la divergencia en relación con el peso de la droga reportada por la Fiscalía y los dictámenes de la Sección de Química Analítica de Ciencias Forenses no constituye quebranto a la cadena de custodia:

En primer lugar, en lo referente al peso de la droga, quien gestiona se limita a comparar el factor consignado en las actas elaboradas por los oficiales del Organismo de Investigación Judicial a folios 26 y 45, con respecto al peso del estupefaciente apuntado en los dictámenes de análisis criminalístico elaborados por la Sección de Química Analítica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial. Como lo valoró apropiadamente el Tribunal a folios 266 y 267, la diferencia en cuanto a los pesos reportados obedece lógicamente, a que en la diligencia realizada por los oficiales del Organismo de Investigación Judicial se tomó en cuenta los envoltorios en los que se encontró originalmente la droga, mientras que el examen de la Sección de Química Analítica, alude exclusivamente al peso neto de la droga incautada. Además, el pesaje realizado en el Complejo de Ciencias Forenses, lo efectúan peritos especializados con el auxilio de instrumentos de alta precisión, que no tienen en su haber las autoridades judiciales y policiales en el resto del país, de ahí que resulte lógico y razonable, que se aprecien divergencias entre los pesos reportados, sin que ello constituya presunción de que se vulnerara la cadena de custodia, como se insinúa sin sustento alguno en el reclamo presentado.

(S252-04 de las 10:05 hrs. del 19-03-04 de la STC. En el mismo sentido, 324-04 de las 9:25 hrs. del 02-04-04; 480-06 de las 9:25 hrs. del 26-05-06 de la STC).

CASOS SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD PROBATORIA

CADENA DE CUSTODIA – MAL MANEJO DE EVIDENCIA

Síntesis del caso

El representante del Ministerio Público interpuso un recurso de casación contra la sentencia que absolvió a la imputada por el delito de Posesión de Drogas para el Suministro en un Centro Penal. Adujo en el primer motivo que el tribunal infringió erradamente de la prueba testimonial violación a la cadena de custodia de la prueba, considerando que no existía duda de que la evidencia analizada fuera la misma decomisada a la imputada.

El tribunal tuvo por acreditado en la sentencia que después de la recolección de la droga decomisada, la misma no se introdujo en una bolsa ni se rotuló debidamente con algún distintivo o nombre que determinara que correspondía al mismo decomisado por la testigo A.Y.V.C.

El deponente G.M. afirmó en forma categórica en la audiencia oral y pública que la requisadora V.C. le dio la evidencia decomisada en la mano. Ella indicó que se la dio en una hoja de papel; él tampoco la introdujo en una bolsa ni la rotuló con el nombre de la acusada, sino que la puso en una gaveta con llave que al efecto tenía el director, y desde las cuatro de la tarde este se la entregó y, desde ese momento hasta que llegó al edificio de los tribunales a las seis de la tarde, la tuvo en la mano e, inclusive, fue a la Fiscalía con dicha evidencia en la mano y la portó en la mano hasta que un fiscal le indicó que la trajera al Organismo de Investigación Judicial donde finalmente se la recibieron.

¿Estima usted que se produjo alguna ruptura a la cadena de custodia? ¿Cuál debió ser el procedimiento que se debía seguir?

Decisión del tribunal

Como se observa, el tribunal realiza un análisis que cumple debidamente con las reglas de la sana crítica racional, ya que aborda con detalle la indebida manipulación que hubo de la evidencia, quedando así al descubierto el incumplimiento de los procedimientos mínimos necesarios que deben seguirse en la manipulación de los objetos decomisados

para resguardarlos debidamente, lo cual incide de forma lógica en la incerteza que tuvo el tribunal sobre su identidad. Efectivamente esta Sala considera que al circular la supuesta droga de mano en mano y sin que esta se haya embalado como corresponde, existe la posibilidad de que lo incautado no sea lo mismo que se analizó en el laboratorio forense. El hecho de que se haya embalado ya cuando la misma es recibida por el OIJ en nada repara los yerros previos aquí señalados, ya que las exigencias de la cadena de custodia de la prueba deben cumplirse de principio a fin, es decir, en todo momento desde que las evidencias se decomisan hasta que se trasladan al laboratorio para su análisis, incluso dentro del mismo laboratorio; de manera tal, que si se verifica el quebranto y ello incidencia en la certeza necesaria sobre la evidencia, aunque luego se cumpla con los requisitos en las demás fases que la componen de poco sirve esta situación, porque ya se ha afectado su legitimidad en magnitud tal que se duda de su pureza.

(S 890-04 de las 10:45 hrs. del 23-07-04 de la STC).

CADENA DE CUSTODIA - Falta de identidad entre la cantidad de droga incautada y la examinada en el laboratorio forense

Síntesis del caso

La defensa de la imputada interpone un recurso de casación contra el fallo que la condenó a diez años de prisión por dos delitos de tenencia de marihuana para el suministro dentro de centro penal, cometidos en concurso material. En el tercer motivo por la forma, alega errónea valoración de la prueba en relación con los hechos sucedidos el 10 de enero de 2001, en donde refiere que hubo quebranto de la cadena de custodia de la prueba y, a pesar de ello, el tribunal condenó a su defendida imponiéndole una pena de cinco años de prisión por el delito de tenencia de marihuana para el suministro dentro del centro penal La Reforma.

En cuanto al pesaje de la droga, señala que no existe relación entre el peso de lo decomisado el día de los hechos, en donde se indica que la evidencia tuvo un peso de 29 gramos, y el pesaje que se menciona tuvo la evidencia que llegó al laboratorio forense, en donde se indica que lo pesado dio como resultado 13.37 gramos.

En el informe policial, en el acta de decomiso y también en el acta de recibido, se menciona la existencia de un envoltorio plástico y una bolsa transparente en donde iba depositada la supuesta droga, sin que se mencione en ninguno de dichos documentos nada respecto a la forma cómo se embolsó posteriormente dicha evidencia.

Posteriormente, en un documento se menciona someramente lo relativo al embalaje, sin que se describa la forma cómo se realizó este embalaje, ya que solo se menciona que la evidencia embalada será custodiada en la bodega del Organismo de Investigación Judicial (OIJ) de Alajuela. En el laboratorio forense, se indica que la evidencia llegó dentro de una bolsa de papel de color café, cerrada con grapas y cinta adhesiva transparente.

¿Denota usted alguna irregularidad en el manejo de la evidencia? ¿Estima que puede incorporarse para ser valorada por el juez?

Decisión del tribunal

El reclamo es procedente : Luego de analizar lo expuesto por la recurrente y su alegato relativo al quebranto de la cadena de custodia, esta Sala considera que lleva razón la impugnante en cuanto a la existencia del vicio que se señala. Efectivamente, en el caso concreto esta Sala encuentra yerros relativos al manejo de la evidencia decomisada, mismos que tornan infructuosa la pureza que debe prevalecer en todo proceso penal respecto de la prueba. Esta certidumbre tiene por objeto garantizar al imputado que lo decomisado en el lugar de los hechos es lo mismo que llegó al laboratorio forense para su análisis, certitud esta sobre la prueba que resulta necesaria si se pretende atribuir responsabilidad penal a cualquier imputado con base en la misma. En el caso concreto dicha certeza no existe, fundamentalmente, porque no hay relación descriptiva entre el peso de lo decomisado el día de los hechos (folio 24), en donde se indica que la evidencia tuvo un peso de **29 gramos**; y el pesaje que se menciona tuvo la evidencia que llegó al laboratorio forense (folio 32), en donde se indica que lo pesado dio como resultado **13.37 gramos**. La anterior discrepancia en el pesaje de la droga es significativa y no se trata de una diferencia irrelevante, ya que la incongruencia numérica consiste en una disconformidad en el pesaje que es

mayor a la mitad del resultado inicial, algo ilógico desde todo punto de vista, siendo esa situación razón suficiente para considerar que efectivamente se dio un quebranto en la cadena de custodia de la prueba y por consiguiente no existe plena garantía de identidad entre lo decomisado y lo que se analizó en el laboratorio forense, dando pie lo anterior, para suponer válidamente que la evidencia analizada en el laboratorio forense previamente pudo haber sido confundida o ser sustituida por otra, debido a que la magnitud en la diferencia de pesaje no admite inferir otra conclusión más lógica. Para reafirmar lo anterior, debe analizarse la manipulación que se realizó de la evidencia, misma que no es del todo clara, y por lo tanto dicha situación conduce a presumir válidamente a priori la existencia de yerros en el manejo de la prueba que ponen en entredicho la misma, los cuales ulteriormente son constatados. En el informe policial de folios 14 a 16, en el Acta de Decomiso de folio 19, y también en el Acta de recibido de folio 20, se menciona la existencia de un envoltorio plástico y una bolsa transparente en donde iba depositada la supuesta droga, sin que se mencione en ninguno de dichos documentos nada respecto a la forma como se embolsó posteriormente dicha evidencia; posteriormente, en el documento que rola a folio 24, sólo se menciona someramente lo relativo al embalaje, sin que en dicho documento se describa tampoco la forma como este embalaje se llevó a cabo, ya que sólo se menciona que la evidencia embalada será custodiada en la bodega del Organismo de Investigación Judicial (OIJ) de Alajuela. La descripción del embalaje de la evidencia decomisada es importante en el caso concreto para determinar si se trata de la misma evidencia, porque de esta manera se podrían cotejar la descripción del embalaje que se extraña y el embalaje que se detalla en la evidencia que fue recibida en el laboratorio forense (folio 32), en donde se indica que la evidencia llegó dentro de una bolsa de papel de color café cerrada con grapas y cinta adhesiva transparente, para así corroborar si se trata o no de la misma evidencia decomisada [...] Asimismo, resulta insuficiente el contenido del documento que consta en folio 219, denominado "Libro de Control de Evidencias", a pesar de que la sentencia indica sin fundamento lo contrario, ya que allí lo que se constata es solamente que una evidencia fue recibida en el OIJ de Alajuela el día 11 de enero de 2001 para ser resguardada en dicho despacho, y también se verifica que posteriormente, siete días después, se suscitó una salida

y entrega de una evidencia al laboratorio forense el día 18 de enero de ese mismo año, pero no significa que con ello se aclare la duda acerca de si la evidencia que presenta pesajes tan disímiles podría ser o no la misma, porque no se describe –una vez más– nada relativo al embalaje, lo cual pudo haber dilucidado en el presente asunto si se trata o no de lo mismo; además, en el contenido de dicho libro de control se denota una escueta descripción de la evidencia, indicándose solamente que se trata de “un envoltorio con aparente picadura de marihuana”, saltando la duda acerca de si esa descripción corresponde o no a una evidencia que de previo ha sido embalada como corresponde, ya que allí tampoco se hace mención a la bolsa de papel que sí se describe en el documento forense ya mencionado [...] Se resalta [...] la importancia de la descripción del estado de las evidencias cuando se decomisan para evitar dudas ulteriores relativas a su identidad, lo cual en este caso concreto también es importante de recalcar, pero esta vez en relación con la necesaria descripción de la manera como se embala la evidencia por parte de las autoridades policiales, ya que ello puede ser determinante para identificar a posteriori si se trata o no de la misma evidencia ante la duda que exista sobre la misma, originada en esta ocasión por la desigualdad extrema que se denota en la confrontación de los pesajes realizados durante su decomiso y luego en el laboratorio forense. Por consiguiente, al no existir dicha descripción y por ende ser imposible la comparación del embalaje, sumado a la radical diferencia en el pesaje existente entre una y otra evidencia, sin que ello tenga explicación lógica, esta Sala considera entonces que no hay certeza de que lo recibido y analizado en el laboratorio forense sea lo mismo decomisado el día de los hechos, por lo que se constata que efectivamente se ha producido un quebranto en la cadena de custodia de la prueba esencial. Con la restante prueba no puede acreditarse que lo decomisado a la imputada efectivamente fuese marihuana; surge entonces un estado dubitativo que obliga a aplicar el principio *in dubio pro reo* a favor de la imputada. Pese a que el motivo que aquí se acoge fue interpuesto por la forma, estima esta Sala que deviene innecesario reenviar la causa para la celebración de un nuevo juicio; toda vez que enmendar el vicio resulta inviable a estas alturas en consecuencia, en aplicación de los artículos 39 de la Constitución Política, 7 inciso 5) y 8 inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 4, 9 y 450 del Código

Procesal Penal, lo procedente es resolver la causa por el fondo y en aplicación de las reglas de economía procesal y del principio in dubio pro reo, procede esta Sala a absolver a la imputada de toda pena y responsabilidad por el delito de tenencia de droga para el suministro, que se le ha venido atribuyendo en la presente causa.

(S 968-03 de las 12:30 hrs. del 24-10-03 de la STC).

CADENA DE CUSTODIA - Imperfección de sellos en el embalaje

Síntesis del caso

La defensa de la imputada plantea un recurso de casación contra la sentencia que declaró a su defendida autora responsable del delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos y le impuso un año de internamiento. Alega la ilegitimidad de la sentencia por basarse en prueba espuria, concretamente en el análisis de estupefacientes y psicotrópicos, pues este se produjo a pesar de la violación de la cadena de custodia de la prueba. Señala que el laboratorio recibió los bienes supuestamente decomisados con el cierre hermético incompleto, lo que hizo ver en el debate mediante un incidente que le fuera rechazado, pues en criterio del *a quo*, la misma cantidad de lo que se decomisó fue la que llegó al laboratorio y esto es suficiente para confiar en la prueba. La juzgadora señala en el fallo:

[...] Es importante señalar que la droga examinada, a pesar de que la defensa cuestiona su autenticidad, y un rompimiento de la cadena de custodia, concretamente la de la bolsa que contenía los catorce puchos de marihuana, por el hecho de que cuando es recibida en el Laboratorio de Ciencias Forenses se consigna que el sello hermético es incompleto, en realidad si observamos que del acta de secuestro se desprende que se decomisan catorce puchos de aparente droga marihuana, y en la solicitud de dictamen criminalístico de folio 104 frente se consigna ‘un sobre conteniendo 14 envoltorios de conteniendo [sic] aparente marihuana y precisamente esa misma cantidad es la llega [sic] en el sobre con sello hermético incompleto, tal circunstancia pone en evidencia que no existe tal rompimiento de la cadena de custodia[...].

¿Considera usted adecuado el planteamiento de la defensa? ¿Estima que se ha acreditado un rompimiento de la cadena de custodia?

Decisión del tribunal

Se acoge el motivo [...] El error de la juzgadora recae en conceptualizar la cadena de custodia como una medida protectora de la cantidad y de la calidad de la evidencia, lo cual no es cierto. Cantidad y calidad de cosa genérica implica la posibilidad de modificar aumentando o disminuyendo la cuantía o las cualidades de la cosa, o sustituyendo la cosa misma. La cadena de custodia no protege, se subraya, la cantidad y la calidad de la evidencia sino la identidad de ella, pues la decomisada debe ser la misma que llega al perito y al debate. En el caso de autos, la juzgadora pretende superar el hecho del cierre hermético incompleto del embalaje de la evidencia, en razón de haberse decomisado catorce puchos de aparente marihuana y haber llegado en ese número la supuesta evidencia al laboratorio; sin embargo, no se trata de decomisar catorce y entregar catorce al perito, sino que lo decomisado tenga identidad con lo entregado al laboratorio, lo que no se garantiza por la imperfección en los sellos del embalaje. La ruptura de la cadena de custodia se da por la pérdida de garantía de identidad entre lo decomisado y lo entregado al perito. Le asiste por ello la razón al recurrente, por lo que con fundamento en lo preceptuado por el § 369.d del c.p.p. se decreta la nulidad del fallo venido en alzada y del debate que lo produjo. Se ordena el juicio de reenvío.

(S 161-01 del 16-02-01 del TCP).

PRUEBA ILÍCITA - Detención y declaración ilegal

Síntesis del caso

El día veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco, el ofendido C.C.C.A salió de su finca para realizar algunas compras y no fue encontrado hasta el día siguiente, en horas de la noche, seriamente lesionado.

Debido al comportamiento extraño que mostró el imputado durante la búsqueda del ofendido, se le detiene como uno de los principales sospechosos de haber cometido el hecho, es decir, de haber asaltado y herido gravemente al ofendido. Una vez detenido, lo cual ocurre prácticamente un mes después de que ocurrieron los hechos, es puesto a la orden del Juzgado de Instrucción de Cañas para lo que

en derecho correspondía. Ese mismo día, en el juzgado de cita, el justiciable es indagado en presencia de su defensora como uno de los presuntos responsables en esta causa. En horas de la tarde del dieciocho de abril, debido a que no se cuenta con prueba que lo involucre en los hechos, en tanto lo único que existe son “sospechas policiales”, el Juzgado de Instrucción de Cañas ordena su libertad.

No obstante, en horas de la mañana del diecinueve de abril del año referido a menos de veinticuatro horas de ser puesto en libertad, es detenido por el oficial O.R.M. de la Guardia Rural de Tilarán sin que exista orden judicial al respecto. Para justificar este acto, el oficial señala que lo hace para evitar una “desgracia” ante el malestar e ira de los vecinos, quienes se dieron cuenta de que había quedado en libertad (malestar del que no se aporta prueba alguna).

Ahora bien, dado que el oficial no podía fundamentar la detención en lo antes indicado, le advierte al justiciable que ello se debe a que el mismo no portaba documentos de identificación. Asimismo, luego de que es llevado a la delegación y sabiendo que se le sigue causa por los delitos de Tentativa de Homicidio Calificado y Robo Agravado, el oficial en mención se da a la tarea de conversar con el imputado, interrogándolo específicamente sobre los hechos. Como resultado de este interrogatorio, el imputado decide confesar e indicar dónde se encuentra la billetera del ofendido, pues temía, en virtud de que no portaba documentos de identificación, que en efecto lo iban a deportar a su país.

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a quince años de prisión por los delitos de robo agravado y tentativa de homicidio calificado cometidos en concurso ideal. Solicita la nulidad de la sentencia condenatoria dictada en contra de su defendido, porque el procedimiento realizado es ilegal, pues durante su trámite, aunque se le había indagado y puesto en libertad por falta de prueba, se le detiene nuevamente por la Policía Administrativa con el propósito de lograr una confesión de su parte, como en efecto sucedió. Agrega además que, incluso mediante engaño, se le hizo participar en la búsqueda de prueba en su contra, como lo fue el hallazgo de la billetera que pertenecía al ofendido.

Por lo anterior, considera que en la especie se violentó el debido proceso, ya que 1) Su representado fue detenido sin una orden judicial. 2) Fue obligado a declarar sobre los hechos. 3) Nunca se le dio oportunidad de contar con su abogada defensora. 4) No se le advirtió o informó sobre su derecho de abstenerse

de declarar o participar en la recolección de indicios. Manifiesta que como consecuencia de lo anterior, la prueba derivada de esta actividad nunca debió de haber sido tomada en cuenta por los juzgadores al momento de fundamentar el fallo, al ser absolutamente ilegal.

¿Considera usted que se dio alguna vulneración a un derecho fundamental?
¿Podrían valorarse los elementos de prueba cuestionados por la defensa?

Decisión del tribunal

La inconformidad de la defensa debe declararse con lugar en los puntos que a continuación se analizan, específicamente en cuanto al alegato relacionado con la existencia de prueba ilegal introducida al debate, pues en efecto, como se aprecia del expediente, la sentencia en contra del imputado V.J.E.T no sólo se sustentó, además de los otros elementos de juicio, en la confesión que diera éste a los oficiales de policía que lo interrogaron, sino también en la ayuda que éste les brindó para localizar prueba en su contra, como lo fue la billetera y algunos documentos u objetos personales del ofendido [...] En otras palabras, para obligarlo a hablar sobre los hechos, se le hizo creer que era posible que fuera expulsado del País, no obstante que dicha medida no procedía, pues, en primer lugar, los miembros de la Guardia Rural de un cantón o territorio determinado no tienen competencia para decidir sobre la situación migratoria de las personas, y, en segundo término, estaba pendiente un proceso penal en su contra que lo obligaba a mantenerse en su domicilio para responder o acatar al llamado de las autoridades respectivas [...]. La actuación antes descrita, lo mismo que las probanzas que de ella derivan, en criterio de esta Sala, y diferente a lo resuelto por el Tribunal en sentencia (ver fls. 315 y 317), no pueden considerarse producto de un acto libre y voluntario por parte del justiciable V.J.E.T. Por el contrario, dadas las circunstancias en las que se producen, en donde incluso se presentó manifestación por abuso de autoridad y maltrato en su contra, se considera que las mismas son el resultado de una maniobra irregular e ilegal de los oficiales que atendieron el caso, quienes con el propósito de lograr una confesión [...], lo detienen para amenazarlo o amedrentarlo (e incluso golpearlo); justificando dicha detención tan sólo por andar indocumentado (no obstante que era conocido en el

lugar). Asimismo, una vez privado de manera ilegítima de su libertad, y ante el temor de ser deportado arbitrariamente a Nicaragua, cuando se le pregunta o interroga sobre los hechos, se ve compelido— en tanto no le queda otra opción —no sólo a manifestar que efectivamente es responsable de aquellos, sino también a ayudar en la búsqueda de la billetera del ofendido. Esta confesión, lo mismo que la ayuda brindada, constituyen elementos probatorios que nunca se debieron de haber introducido al debate y menos analizados en sentencia por parte de los juzgadores. No sólo se originan en una maniobra indebida por parte de la policía, dirigida indudablemente a atemorizar o amenazar al encartado bajo el pretexto de que al estar indocumentado lo podían deportar, acción que en todo caso no era posible que realizara por las razones que se apuntaron; sino porque además —en lo fundamental— estas probanzas se obtuvieron quebrantándose una serie de derechos y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente.

(S 226-02 de las 11:10 hrs. del 08-03-02 de la SC).

PRUEBA ILÍCITA – Declaración rendida sin garantías de ley

Síntesis del caso

El representante del Ministerio Público interpone un recurso de casación contra la sentencia que absolvió a la imputada por el delito de uso de documento falso. Objeta el recurrente el razonamiento de la jueza de instancia, en cuanto absolvió a la imputada por basarse la acusación en prueba ilícita, pues la acusada T.R. fue presionada por el inspector de Migración W.C.C., lo que originó su confesión de viajar con documentos falsificados, concretamente el pasaporte y la visa de ingreso a los Estados Unidos de América.

El representante del Ministerio Público opina que el delito ya se había cometido cuando el agente de migración actuó sobre la imputada, aparte de no ser esto último parte de la acusación. Por estos motivos, considera que el razonamiento de la juzgadora es incorrecto.

Además, estima que se ha aplicado en forma absoluta la teoría de los frutos del árbol envenenado, desarrollada por la jurisprudencia estadounidense, desconociendo la teoría de la fuente independiente de la jurisprudencia costarricense.

En criterio del fiscal C., lo declarado por la imputada a la autoridad de migración es ineficaz; pero con independencia de ello ya había sido detenida como sospechosa y declaró acerca de la falsificación y no del uso de documento falso. Señala la inevitabilidad del descubrimiento de los documentos falsos, al ser detenida la imputada en el Aeropuerto Juan Santamaría, porque se le observó nerviosa, se le solicitó el pasaporte y se determinó que estaba alterado. De este modo, indica la declaración de la imputada que en modo alguno afectó la investigación. Solicita que se acoja el agravio que se decrete la nulidad del fallo venido en alzada y que se ordene el reenvío.

¿Podría incorporarse la declaración de la imputada obtenida por el oficial de Migración? ¿Cuál teoría encuentra aplicación en la especie?

Decisión del tribunal

Se declara sin lugar el motivo. *No encuentra esta corte de casación error alguno en la fundamentación del fallo de mérito, por cuanto la Jueza Fallas hace una correcta aplicación del § 181 del C.p.p. Es claro –como esta indica– que el Inspector de Migración, conoció de la falsedad de pasaporte y de la visa de los Estados Unidos de América, así como de su uso, a partir de la declaración extrajudicial que ante él –y como producto de presión– rindiera la imputada T.R. Es de aquí, y no de otra fuente de prueba, que deriva el establecimiento de los hechos y la comprobación de los mismos. No hay fuente independiente. Sobre esto último la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Constitucional, dijo en el caso Rojas: «[...] Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la ilicitud no de una prueba, tenemos la teoría de la prueba espurea (sic) o de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto producto de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa denominada de la ‘fuente independiente’, según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del*

acto violatorio de la Constitución [...]» [...] La fuente independiente debe ser anterior a la violación constitucional, mientras en el presente caso –que no hay fuente independiente de cualquier manera– la que supuestamente vendría a dar validez a la investigación, es prueba posterior a la violación constitucional. Se reitera, no hay fuente independiente. No tiene mayor importancia el razonamiento del Fiscal C., en punto a que el delito ya se había cometido cuando el agente de migración actuó sobre la imputada, por lo que no se produce afectación al trabajo de recolección de pruebas. Si se cometió o no se cometió la acción delictiva, es lo que debe demostrarse con la prueba y no obviarlo ante la exclusión de prueba ilícita como lo pretende el Fiscal. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo.

(S 345-02 de las 10:10 hrs. del 03-05-02 del TCP).

PRUEBA ILÍCITA - Doctrina del hallazgo necesario o inevitable

Síntesis del caso

La defensa interpone un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su representado a la pena de diez años de prisión por el delito de Tráfico Internacional de Drogas en perjuicio de la salud pública. Como uno de los motivos del recurso, aduce fundamentación ilegítima del fallo. Por cuanto el decomiso que se le practicó a E.F.C. (quien figura como coimputado) resulta ilegal, pues la maleta que contenía la droga fue incautada por la Policía de Control de Drogas no a este, sino en la banda eléctrica, a 50 metros de donde se encontraban el juez, el fiscal y las representantes de la Defensa Pública, y fue trasladada hasta donde estaban estos funcionarios. Una vez en este lugar, la maleta no pudo ser abierta, por lo que hubo que darle las llaves a E.F. para que él lo hiciera.

En su criterio, el vicio se presenta en razón de que, estando este coimputado cobijado por el derecho de abstención y de no rendir prueba en su contra y, sin que se le hiciera advertencia alguna en tal sentido, se le puso a abrir la valija y gracias a ello se pudo determinar su contenido.

¿Considera usted que se dio alguna violación de algún derecho constitucional?
¿A su juicio, podría otorgarse valor a la evidencia obtenida de esa forma? Sí, no
¿por qué? ¿Cuál teoría aplicaría?

Decisión del tribunal

La queja no es de recibo. La situación irregular que describe el recurrente y que constituye la base de su reclamo, esto es, la violación por parte de las autoridades de investigación del derecho constitucional del imputado a no producir prueba en su contra, no reviste ningún carácter esencial dentro de los fundamentos de la decisión, por lo que no se aprecia la existencia de un agravio real y efectivo. En efecto, tal y como acertadamente lo razonaron los jueces de instancia en el fallo (cfr. folio 633, línea 7 en adelante), si el acusado E.F. no hubiera abierto voluntariamente la maleta en la que se transportaba la droga, ello no hubiera implicado ningún obstáculo para determinar su contenido, pues –tomando en cuenta que la misma ya había sido secuestrada por las autoridades y era mantenida en custodia– simplemente hubiera sido abierta por otros medios, incluso mediante el empleo de la fuerza. Lo anterior significa que si bien, por principio general, la prueba obtenida mediante una infracción procesal o por medio de la lesión de derechos fundamentales implica automáticamente su exclusión del proceso y la imposibilidad absoluta de valorarla a fin de fundar una decisión jurisdiccional, siendo precisamente ésta la regla que incorpora el artículo 175 del Código Procesal Penal, entre otras existe una excepción a ello: la doctrina del hallazgo necesario o inevitable, desarrollada por la jurisprudencia estadounidense como una atenuante a la regla de exclusión antes comentada [...] Según esta tesis, si se llegase a demostrar que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto u obtenido en forma inevitable o segura a partir de las investigaciones legítimas que ya se estaban llevando a cabo en ese momento, aquella será válida. Tal es la situación que se nos presenta en el caso de marras, donde –conforme se explicó– la maleta como tal, incluyendo obviamente su contenido, ya había sido secuestrada por las autoridades de policía con la debida fiscalización del juez penal (e incluso con la presencia de representantes del Ministerio Público y de la Defensa Pública), de modo que la acción desplegada por el coencartado [...], quien la abrió mediante el uso de la respectiva llave, en nada alteró el resultado de la investigación ya en curso. Así las cosas, al no advertirse ningún agravio para las garantías de los imputados, se declara sin lugar el alegato.

(S 125-01 de las 10:36 hrs. del 02-02-01 de la STC).

PRUEBA ILÍCITA - Prueba grafoscópica sin el consentimiento del imputado

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a seis meses de prisión por los delitos de estafa mediante cheque y libramiento de cheque sin fondos. Aduce la incorporación de una prueba ilícita en la fundamentación de la sentencia, pues se tuvo en cuenta un dictamen grafoscópico, cuyos resultados desfavorables al imputado se obtuvieron con fundamento en un cuerpo de escritura hecho por el acusado, sin que a este se le hubiera hecho la advertencia de que no tenía la obligación de rendirlo. Según expresa el impugnante, [...] *la referida prueba pericial se encuentra viciada de nulidad absoluta— lo cual se alegó en la audiencia oral mediante la interposición del respectivo incidente— y no obstante ello el órgano a-quo, haciendo caso omiso a los argumentos esgrimidos por el suscrito, le dio plena validez y eficacia probatorias al apoyar su pronunciamiento en ella. [...]*

Sostiene la defensa que en esos casos, el imputado se convierte en sujeto de prueba. Por esta razón, al rendir el cuerpo de escritura debe realizarlo con el pleno convencimiento de que puede abstenerse de hacerlo, si así lo desea, sin que tal negativa le ocasione ningún perjuicio procesal. Se trata de un caso donde se requiere la participación activa y voluntaria del imputado. Por tanto, debe ser advertido sobre el privilegio que tiene de abstenerse de ejecutarla.

¿Considera usted que debió realizarse la prevención? ¿Podría utilizarse la prueba para fundamentar la sentencia?

Decisión del tribunal

Respecto a la ilegitimidad de la prueba, lleva razón el impugnante. Efectivamente, la prueba pericial que objeta el defensor del imputado, es ilegítima, pues en el proceso de recepción de la misma, se conculcaron las garantías de la defensa. En este tipo de diligencias, el acusado no tiene obligación de rendir el cuerpo de escritura, pues se requiere una actividad volitiva del encausado, tal como ocurre, de igual forma, con la declaración indagatoria. La misma actividad y voluntad del acusado se puede convertir en una prueba que lo autoincrimine, por esta razón, con

aciertó reclama el defensor, la necesidad de que la autoridad judicial o policial haya hecho al interesado las advertencias de abstención pertinentes. La omisión de este requisito no se subsana por la falta de oposición de la defensa, ni tampoco se legitima por el hecho de que haya podido contar con la asistencia del abogado defensor, como lo expresó el Tribunal de juicio al resolver el incidente de nulidad interpuesto por el representante de la defensa. En el caso en examen, la nulidad lesiona irremediablemente las garantías del acusado, debiendo excluirse tal prueba. Ni el tiempo, ni la inactividad del abogado defensor, pueden legitimar una prueba que surge mediante la lesión de las garantías fundamentales de la defensa. El yerro en este caso es irremediable, por esta razón es insubsanable. En este aspecto, lleva razón el impugnante, excluyéndose por tanto el estudio grafoscópico visible a folio sesenta y tres, frente y vuelto. Sin embargo, la exclusión de esta pericia, no provoca la nulidad de la sentencia. La decisión del tribunal no se fundamenta, exclusivamente, en el dictamen pericial excluido. Subsisten otros elementos de prueba decisivos que le siguen dando razonable y satisfactorio fundamento a la sentencia, pues en primer término, el tribunal le da plena credibilidad al dicho del ofendido, quien, conocía al imputado, constándole directamente que fue el encartado quien emitió los cheques. No se trata de un caso en el que el perjudicado desconozca, antes de la ejecución del hecho delictivo, al infractor o que haya tenido alguna duda sobre su identidad. Por otra parte, los cheques girados pertenecen a la cuenta corriente del acusado y no existe ninguna evidencia que permita establecer, ni remotamente, la probabilidad de que terceras personas, mediante la sustracción de los cheques, los hayan utilizado en perjuicio del imputado. Al darle el tribunal plena credibilidad al dicho del perjudicado [...] se mantiene invariable la sentencia condenatoria, a pesar de que se ha excluido la pericia grafoscópica, como ya se expuso. El propio tribunal sentenciador declara expresamente que se le ha dado plena credibilidad a la versión del ofendido, quien según su versión, tal como se consigna en el fallo, recibió de manos del acusado, los cheques citados, que fueron girados de la cuenta corriente del encartado. En virtud de lo expuesto, a pesar de que se excluye la prueba grafoscópica, la decisión del Tribunal no sufre ninguna modificación, pues el resto de la prueba y el análisis que consta en la sentencia impugnada no justifican su nulidad o una modificación en su contenido esencial.

(S 117-F-94 de las 9:10 hrs. del 18-04-94 del TCP).

PRUEBA ILÍCITA- Imputado como objeto de prueba

Síntesis del caso

El imputado en una causa seguida por violación interpuso un recurso de hábeas corpus contra el tribunal de Cartago, por cuanto, habiéndose suspendido por unos días la audiencia oral y pública, fue sorprendido en su lugar de trabajo por agentes del OIJ, quienes sin identificarse lo obligaron a salir e irse con ellos a la fuerza y lo trasladaron hasta la Medicatura Forense en Heredia para extraerle sangre sin previo aviso y en contra de su voluntad. Manifestó que esto le produjo una gran alergia en su brazo, por lo que consideró esa actuación como un atropello a su dignidad moral, corporal y espiritual. Le solicitó a la sala que se suspendiera el juicio y que luego se declarara con lugar el recurso.

Decisión del tribunal

Sobre el tema, es indispensable traer a colación lo dicho por esta Sala en sentencia número 00941-92 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diez de abril de mil novecientos noventa y dos, en la que se consideró: “III.- En el artículo 36 la Constitución Política garantiza que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Debe en consecuencia establecerse si esta garantía conlleva la imposibilidad de utilizar el cuerpo del procesado como fuente de prueba. Al respecto, en sentencia número 556-91 de las catorce horas y diez minutos del veinte de marzo del año pasado, esta Sala indicó: “En lo que se refiere a lo alegado sobre la extracción de sangre sin el consentimiento de los imputados esta Sala con base en el informe, que se tiene rendido bajo juramento, dado por la Sección de Homicidios del Organismo de Investigación Judicial, tiene por cierto que los imputados dieron su consentimiento para ello, en el momento en que se encontraba presente el padre de uno de ellos en las celdas de ese Organismo. Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses: la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto a los derechos fundamentales del imputado, por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que deba utilizarse su propio cuerpo.

Al respecto considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real, como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado v.gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda. Por lo expuesto esta Sala considera que las actuaciones impugnadas en cuanto a este extremo, no lesionan los derechos fundamentales de los recurrentes. Con las restricciones señaladas, el debido proceso se respeta en la medida que el resultado de la prueba técnica sea puesto en conocimiento de las partes involucradas, las que pueden, a su vez, ejercer el derecho de defensa, aplicando sobre esos resultados y sin ninguna limitación, los remedios procesales que le otorga el ordenamiento jurídico. El alegato en cuanto a este extremo resulta entonces improcedente."Así las cosas, en el caso concreto, no estima la Sala que la prueba de sangre que se obtuvo del imputado, haya atentado en contra de su derecho fundamental a la dignidad corporal, razón por la cual, en mérito de lo expuesto, el recurso debe ser rechazado.

(S 1718-99 de las 15:12 hrs. del 09-03-99 de la SC).

PRUEBA ILÍCITA - Supuesto en que procede la aplicación de la doctrina del "plain view"

Síntesis del caso

La defensa de la imputada C.R.R. presenta un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su defendida a ocho años de prisión como autora responsable del delito de posesión de drogas con fines de tráfico. Reprocha, como primer agravio, irrespeto del principio in dubio pro reo. Argumenta que la circunstancia de que C.R.R. "anduviese" con el coimputado C.S. solo demuestra que se conocían, y que portara en su bolso cien gramos de cocaína con una presentación similar a la droga que se le decomisó a aquel, así como diez mil colones en monedas, no evidencia la ejecución del delito objeto de la condena.

Agrega que la Policía no relacionó a la justiciable con ningún grupo organizado para la venta de drogas; no la investigó ni la vigiló antes de que fuera detenida. Refiere que el fallo se basa en prueba ilegítima, porque la requisita que se practicó a la encartada fue ilegal, ya que la única razón por la que se le detuvo fue que acompañaba a un sujeto que aparentemente salió en busca de otro que había roto un vidrio en un establecimiento comercial.

Por tanto, no existía ningún “indicio comprobado” de que la justiciable hubiera cometido delito alguno y, por ende, la requisita a la que se le sometió carece de sustento legal. Solicita que se declare que tanto dicho acto como las demás pruebas que de él se derivan constituyen actividad procesal defectuosa y que se absuelva a la imputada.

La última queja se refiere a la fundamentación, de esta forma, se pide que se absuelva a la imputada del comiso que el tribunal ordenó del dinero que se incautó a la justiciable. Expone la defensa que los motivos que se brindan en el fallo para decretar tal medida son insuficientes y contrarían la sana crítica, ya que se limitan los jueces a indicar que, por tratarse de una cantidad distribuida en monedas de bajas denominaciones, debe concluirse que proviene de la venta de drogas. El fallo tiene por acreditado lo siguiente:

El día primero de julio de dos mil tres, en horas de la madrugada, la Policía Metropolitana fue alertada a efecto de que se hiciera presente en el sector de Avenidas 12 y 14, calle dos de esta ciudad, por lo que el oficial... se hizo presente a una cuartería ubicada en el lugar donde fue informado que se había suscitado un problema en el que un sujeto había quebrado varios vidrios, momento en el cual se hacen presentes al lugar los aquí imputados J.A.C.S. y C.R.R., y al ser señalado el primero como el causante de los daños, se procede a realizarle un cacheo o revisión superficial, localizándosele un arma de fuego... que no estaba inscrita y de la cual no portaba el permiso correspondiente; asimismo dicho acusado portaba entre sus ropas un total de veinticinco bolsas pequeñas con veinte envoltorios de cocaína base crack cada una, para un total de quinientas dosis de la mencionada droga, con el fin de comercializar con ella. De la misma forma a su acompañante, la imputada .C.R.R se le decomisó en el bolso que portaba, cien dosis de cocaína base crack, distribuidas en cinco bolsas de veinte envoltorios cada una [...].

¿Qué carácter tiene la prueba obtenida del imputado J.A.C.S.? ¿Considera usted que podría utilizarse dicha prueba a pesar de que no se estuviera realizando investigación alguna referente al tráfico de drogas? Sí, no, ¿por qué? En el caso de la imputada C.R.R., ¿a su juicio se justifica la actuación policial? ¿Podía utilizarse la evidencia obtenida como prueba en su contra para acreditar la existencia del delito de tráfico de drogas? ¿Existe alguna diferencia importante entre ambos supuestos?

Decisión del tribunal

De los anteriores hechos tenidos por ciertos en el fallo, se obtienen varios datos que deben resaltarse: 1) la captura y “revisión superficial” a la que se sometió a ambos imputados no se enmarcó en las investigaciones por tráfico de drogas que simultáneamente venía realizando la policía, sino en un hecho por completo desligado de esas indagaciones, a saber: los daños causados en un establecimiento comercial, a raíz de la ruptura de la vidriera. 2) Las autoridades que realizaron los hallazgos de droga y la captura no eran las mismas que investigaban el tráfico de drogas. 3) La única persona a la que la dueña del negocio afectado señaló como causante de los daños (la ruptura de la vidriera) fue el justiciable C.S., no así a C.R.R., quien solo acompañaba al coencartado cuando fue detenido. Se infiere de lo dicho, que la Policía Metropolitana actuó con corrección al detener y revisar a C.S., decomisarle el arma de fuego y hallar que tenía en su poder quinientas dosis de cocaína base que, asimismo, fueron incautadas. Los oficiales de policía actuaron con estricto apego a derecho en cuanto a tal justiciable, pues se contó con el señalamiento que de él hizo la persona ofendida, como autor de un hecho punible y la revisión o requisa se justificaba para llevar a cabo el arresto, garantizar la seguridad de la propia policía y de terceros (y, en efecto, se le decomisó un arma de fuego) y buscar algún indicio que se relacionara con el delito denunciado. De esta suerte, el hallazgo de las quinientas dosis que portaba, fue el resultado de un acto que se efectuó con plena licitud y, por esta misma razón, podía ser tomado en cuenta por el Tribunal para decidir, por tratarse de una prueba cuya legitimidad no admite duda alguna. Distinta es, sin embargo, la situación de la coimputada R.R., pues si a ella no se le acusaba de ningún delito, no estaba sometida a indagaciones previas, no fue señalada por la dueña

de la cuartería como partícipe de los daños causados en su negocio ni se observó que ejecutara algún acto sospechoso para, por ejemplo, encubrir a C.S. (v. gr.: que se intercambiaran algún objeto, que él le diera a ella el arma que portaba para eludir su hallazgo), salta a la vista que la policía no tenía motivo alguno para someterla a “revisiones superficiales” o “cacheos”, ni es motivación suficiente el solo hecho de que en el momento de la captura de C.S., ella casualmente lo acompañara. La doctrina del “plain view” (tratada con amplitud por la Sala en la sentencia No. 776-03, de 11:25 horas de 9 de setiembre de 2003) supone que las autoridades realizan un acto legítimo, de buena fe, en cuyo desarrollo tropiezan con algún elemento de prueba que no se relaciona con los fines originales de la actuación, pero sí con otro delito que no se investigaba. En este supuesto, por tratarse de hallazgos realizados durante la ejecución de un acto hecho de buena fe y que corresponde al ejercicio legítimo de las funciones de la policía, la prueba que se obtenga es válida y puede ser tomada en cuenta para investigar el nuevo delito al que se refiere y que no era objeto originalmente de la acción policial. Así ocurre, en el presente caso, con el decomiso a C.S. de las quinientas dosis de droga a las que se ha hecho referencia o, por citar otro ejemplo, con el hallazgo de un cadáver (producto de un homicidio) en una casa que se allanó para buscar evidencias relativas a un tráfico de drogas. Ahora bien, se reitera, para que la prueba que se halló sea válida, es requisito indispensable que las actuaciones de la policía hayan sido hechas de buena fe y con motivaciones legítimas y tal cosa no sucede en el caso de la imputada C.R.R. pues las autoridades no tenían razón alguna para requisar a la justiciable, practicarle ningún “cacheo” y ni siquiera pedirle que exhibiera sus pertenencias. El Ministerio Público aduce que se trató de un hallazgo inevitable, pero tampoco concurre ese supuesto, ya que lo cierto es que a la acusada no se le investigaba en absoluto por ningún delito, de tal forma que fuese dable pensar que otras autoridades –ejerciendo funciones legítimas– hubiesen podido llegar al mismo resultado (hipótesis a la que se refiere la doctrina del hallazgo inevitable, es decir, la validez de una prueba obtenida por un acto ilícito, pero a la que inevitablemente habrían conducido las investigaciones lícitas que también se llevaban a cabo). Debe concluirse, entonces, que la requisa, “cacheo” o “revisión” de que fue objeto C.R.R. por parte de los oficiales de policía, careció de

motivos que la justificaran, al amparo de principios constitucionales que establecen limitaciones al poder estatal y que implican que nadie puede ser sometido a medidas persecutorias policiales, a menos de que existan razones para sospechar fundadamente que ha cometido o está cometiendo un delito. Ha de destacarse que el único motivo que dio origen a los actos contra C.R.R. fue el de que se hallaba en compañía de C.S. cuando se detuvo a este último y tal situación, como se explicó, no justificaba que se la requisara o revisara, desde que lo que se investigaba era la ruptura de una vidriera, es decir, un acto muy concreto cuya autoría se le atribuyó a un sujeto específico que ya había sido detenido. Reconocerle validez al hallazgo de la droga implicaría otorgárselo por la ocurrencia del hallazgo mismo y esto, como resulta obvio, es incompatible con el diseño de un Estado democrático de Derecho que define límites al poder estatal de investigar los delitos y demanda la licitud de las actuaciones que con ese propósito se desarrollen. Además, como se expuso, no se está en presencia de ninguna de las excepciones en las que sería posible reconocer dicha validez. Desde este punto de vista, le asiste razón a la defensora y se impone declarar la ilicitud de la prueba que se obtuvo a raíz de las acciones policiales practicadas sobre C.R.R. y todas las que de ella se derivan, a saber: el hallazgo del dinero y de la droga que portaba y las pericias que determinaron la naturaleza de la sustancia y que permitieron establecer la ilicitud de su comercio. Excluidas esas probanzas, no subsiste ninguna otra que relacione a la encartada con la venta de drogas que se le atribuye. Ella nunca fue vista dedicándose a esa actividad, la policía y el Ministerio Público tampoco la investigaron por esa razón, como bien lo apunta la recurrente en su primer motivo de disconformidad y, de hecho, el Tribunal la excluyó de la organización delictiva y la sancionó solo por la posesión destinada al tráfico, basándose para ello de forma exclusiva en el hallazgo de la droga del que se viene haciendo mención y que, como se dijo, se obtuvo a partir de acciones policiales injustificadas. Así las cosas, procede casar la sentencia impugnada en cuanto condenó a Romero Rodríguez por el delito de posesión de drogas con fines de tráfico y en su lugar, se absuelve a dicha imputada de toda pena y responsabilidad. Como se reclama en el tercer motivo de queja y en virtud de ser consecuencia lógica de la absolutoria dispuesta, se revoca también el comiso del dinero que se le incautó a Romero

Rodríguez, acordado por el Tribunal, y se ordena su devolución. En vista de lo C.R.R., se ordena la inmediata libertad de la encartada, si otra causa no lo impide.

(S 832-05 de las 9:20 hrs. del 29-07-05 de la STC).

PRUEBA ILÍCITA – Allanamiento ilegal

Síntesis del caso

La defensa de los imputados presenta un recurso de casación contra el fallo que declaró a los imputados S.CH.M. y R.N.M, a la primera autora y al segundo cómplice del delito de venta de drogas, por lo que se les impuso la pena de doce y seis años respectivamente.

Como uno de los motivos del recurso, alega que la orden de allanamiento que se giró en el caso fue suscrita por la jueza contravencional y de menor cuantía de Cañas, funcionaria judicial que habilitó para la práctica de la diligencia de las 13:00 a las 18:00 horas del día sábado 17 de agosto de 2002. De esta manera, el allanamiento se llevó a cabo con la intervención del juzgado contravencional, un día inhábil y sin existir una situación de urgencia que impidiera practicarlo un día hábil y por el juez penal, pues de los mismos informes se deduce que los imputados vendían droga todos los días y a toda hora.

Señala que según los artículos 107 y 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces penales son los competentes para realizar los allanamientos y solo en las circunscripciones en las que no hay juzgado penal, el juez contravencional podría realizar en casos urgentes los actos jurisdiccionales del procedimiento preparatorio e intermedio.

La investigación de los hechos se inició el día jueves 18 de julio de 2002; es decir, aproximadamente dos meses antes del allanamiento. A partir de esa fecha, se hicieron varias compras controladas a la imputada S.CH.M., a saber: el día 18 ya citado a las 16:30 horas; el día martes 23 de ese mismo mes a las 15:20 horas, el sábado 27 de julio en horas de la tarde y el lunes 5 de agosto a las 12:00 horas.

El 10 de julio de 2002, la imputada cambió de dirección y, ante esto, la Policía realizó otras compras en su nueva vivienda: el martes 13 de agosto a las 14:15

horas; el miércoles 14 de agosto a las 15:45 horas; el jueves 15 de agosto a las 14:10 horas y el viernes 16 de agosto a las 10:05 horas.

En la solicitud de allanamiento, se adujo que

[...] el allanamiento debía practicarse el día sábado 17 de agosto dada “la gravedad y urgencia del ilícito ya que estas personas, es una de los mayores distribuidoras (sic) de droga en lo que a Cañas se refiere y dados los resultados positivos de la investigación hasta ahora obtenidos, al poderse determinar que la persona señalada anteriormente se dedica a la venta de drogas, ubicado el domicilio en la dirección supracitada. Esta policía así como el Ministerio Público estiman que es el momento conveniente para proceder tanto con el allanamiento, registro y secuestro de la casa de habitación utilizada [...] en ese lugar pueden existir evidencias de suma importancia relacionadas con dicho ilícito.

Al pronunciarse respecto a la solicitud de allanamiento, la jueza señaló que el allanamiento era pertinente para las investigaciones que estaba realizando la Policía de Control de Drogas y transcribió los hechos contemplados en la solicitud, para luego concluir que *“por los motivos expuestos y siendo atendible la petición por ofrecer un marco legal y razonable”* procedería conforme con lo peticionado.

Al coimputado R.N.M. se le incautó en el allanamiento una bolsa plástica transparente que contenía 24,45 gramos de picadura de cannabis sativa, un tubo metálico quemado con residuos que dieron positivo por la prueba de color para cocaína, un envoltorio de papel color café que contenía 0,39 gramos de picadura de cannabis sativa.

Se le habían hecho dos compras controladas, a saber: una realizada el 5 de agosto de 2002; otra el 16 de agosto de 2002; fecha en la que los policías compraron a CH.M. dos fragmentos de “crack”, con la variante de que en este caso, N.M. recibió el dinero de manos del oficial encubierto y se lo entregó a CH.M., quien le dio la droga al oficial encubierto.

A la imputada S.CH.M. se le decomisaron 41 piedras de “crack” y 8 puchos de marihuana, y en el debate aceptó que se dedicaba a la venta de drogas. Asimismo, se le habían hecho varias vigilancias que se encuentran documentadas. En la vivienda

propiamente y en lo que interesa, se localizaron dos billetes de quinientos colones que fueron previamente identificados por la jueza contravencional de Cañas.

¿Estima usted que se justificó la intervención de la jueza contravencional? ¿A su juicio, era procedente realizar la diligencia fuera del horario ordinario? ¿Considera que la orden se encuentra motivada? ¿Cuáles efectos tiene sobre la imputada Ch.M., la forma de realizar el allanamiento? ¿Cuáles consecuencias se podrían derivar para N.M?

Decisión del tribunal

*Como se observa, se solicitó el allanamiento para el día sábado 17 de agosto no porque existían razones de urgencia (por ejemplo, que la imputada fuese a salir del país o se hubiese enterado de la investigación y por eso se pudiera suponer que destruiría o ocultaría la evidencia), sino simplemente porque para ese momento se había recabado toda la prueba que a nivel policial se consideró suficiente y porque la investigación se dirigía contra una de las “mayores distribuidoras” de droga de la zona. Esto que en otro contexto resultaría irrelevante, no lo es aquí. Como vimos antes, el Juez Contravencional que actúa en funciones de Juez Penal a raíz del turno y la disponibilidad que éste conlleva tiene limitada su competencia a **los actos urgentes** que deban realizarse. Así lo ha manifestado el mismo Consejo Superior del Poder Judicial, órgano administrativo que en sesión N° 51-2000 celebrada el 4 de julio del 2000, artículo LXXIII, acogió el informe rendido por la Comisión de Asuntos Penales [...] si el Juez Contravencional actuando en funciones de Juzgado Penal en razón del rol de turno y la disponibilidad aparejada realiza actos que no son urgentes, su actuación no resulta legítima, como tampoco lo es la prueba que a través de ella se obtuvo. A mayor abundamiento, observa esta Sede que en la orden de allanamiento la Jueza Contravencional de Cañas en funciones de Juez Penal no plasmó los motivos que autorizan el empleo de ese acto procesal. Pese a que la fundamentación de la orden es una exigencia de carácter constitucional (artículo 23 de la Carta Magna), en la resolución visible de folios 54 a 69 frente, la licenciada S.C.J. se limitó a señalar que el allanamiento era pertinente para las investigaciones que estaba realizando la Policía de Control de Drogas (folio 54 fte.) y a transcribir los hechos que contempla la solicitud (así,*

folios 54 a 68 fte., primeras cinco líneas), para luego concluir que “por los motivos expuestos y siendo atendible la petición por ofrecer un marxo (sic) legal y razonable” (folio 68 frente) procedería conforme con lo peticionado. Como se deriva de lo expuesto, la Jueza nunca fundamentó la decisión adoptada. Pese a que el allanamiento implica un quebranto a la inviolabilidad del domicilio, la citada profesional omitió exponer las razones por las cuales consideraba que en el caso en examen ese acto probatorio era el mecanismo idóneo, necesario y proporcionado a la finalidad propuesta. Finalmente, aunque a folio 54 frente se afirma que la orden se apoya en los hechos que relata de seguido, su simple lectura pone en evidencia que lo que se hizo es una simple transcripción de la solicitud [...] Este vicio, según se desprende del artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal, es absoluto ya que implica la inobservancia de un derecho fundamental, en concreto, el derecho defensa que como ha señalado la Sala Constitucional, tiene como uno de sus componentes la fundamentación de los fallos ya que “Sin esa fundamentación, no pueden los encausados ejercer una defensa plena, puesto que les impide conocer los motivos [...] y restarle, así, la posibilidad de argumentar contra esa decisión [...]” (Resolución No. 673-94 de las 14:51 horas del 10 de febrero de 1.994). En virtud de lo anterior, se declara la ineficacia del allanamiento realizado y de la prueba obtenida a través de esa diligencia [...] Ahora, aún suprimiendo hipotéticamente esta prueba, **en el caso de la encartada CH.M.** lo resuelto permanece incólume debido a las restantes pruebas recibidas durante el contradictorio. En concreto, en el debate se recibió abundante prueba testimonial y documental que da fe de la forma en la cual la policía realizó las ocho compras controladas. Asimismo, existe prueba pericial que refiere la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada en cada una de esas transacciones (folios 819 a 831 frente). Ahora, es clarísimo que las compras controladas que realiza la policía serían insuficientes para que se tenga como demostrada la narcoactividad. No obstante, en este asunto se cuenta además con una serie de vigilancias documentadas en los informes policiales y sobre todo con la declaración de la misma justiciable, que en el debate aceptó que se dedicaba a la venta de drogas (folios 814, 815, 822, 829 y folio 837 frente). De esta forma, aunque se excluya la prueba obtenida en el allanamiento, el juicio de certeza al que se llegó con relación a CH.M. mantiene su vigencia gracias a los demás elementos probatorios

que ponderó el a quo. En consecuencia, tratándose de la imputada CH.M. el reclamo debe declararse sin lugar. Con relación al **acusado R.N.M.** la situación es distinta: Además de lo que se encontró en su poder el día 17 de agosto del 2.002 (en concreto, una bolsa plástica transparente que contiene 24, 45 gramos de picadura de cannabis sativa, un tubo metálico quemado con residuos que dieron positivo por la prueba de color para cocaína, un envoltorio de papel color café que contiene 0,39 gramos de picadura de cannabis sativa), según la acusación y la relación de hechos demostrados, solo se cuenta con dos compras controladas, a saber, una realizada el día 5 de agosto del 2.002 (folio 825 frente y siguientes) y otra el día 16 de agosto del 2.002, fecha en la que los policías compraron a CH.M. dos fragmentos de “crack”, con la variante de que en este caso, N.M. fue quien recibió el dinero de manos del oficial encubierto y se lo entregó a CH.M. y que ésta a su vez, le dio la droga -que sacó de su busto- para que a su vez se la diera al oficial encubierto (folio 830 y 831 frente). Con independencia del número de compras que se realizan a nivel policial, esta Sala ha indicado que de su sola existencia no puede extraerse la responsabilidad de una persona. Si bien arrojan un indicio importante, eso no bastaría para que se tengan como demostradas las sospechas y en este caso, tratándose de N.M. no existe otra prueba de peso que confirme que él también se dedica a la narcoactividad.

(S 17-05 de las 15:15 hrs. del 26-01-05 de la STC).

3.6.3 Principio de valoración razonable de la prueba

En la evolución del derecho procesal, se han dado diversos sistemas de valoración de prueba. En el sistema inquisitivo, rigió el sistema de prueba legal, donde es la ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia y convicción de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Como ejemplo del primer caso, la doctrina señala la norma que establece que si el testimonio proviene de dos personas de buena fama, será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se suele citar la norma

que impedía tener por acreditado el hecho delictivo, si no constaba la existencia del cuerpo del delito.

El sistema de íntima convicción, por su parte, es propio de los jurados populares; en este, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender, sin que exista la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Como contrapartida a este sistema, se da la libre convicción que si bien establece libertad de convencimiento de los jueces, exige que las conclusiones que se obtengan sean fruto racional de las pruebas en las que se apoya.

El límite de la libertad del juez para apreciar las pruebas es constituido por las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el juez arribe a sus conclusiones, valorando la prueba con total libertad, pero respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común.

Además, en este sistema es ineludible el deber de motivar las resoluciones judiciales, proporcionando las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas¹¹⁵.

Nos refiere Perfecto Andrés Ibañez que la representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo –planteamiento expuesto por Beccaria–, aunque sigue formando parte del bagaje cultural de muchos profesionales en derecho, ha sido bastante cuestionada en su capacidad descriptiva. Afirma que es Ferrajoli quien ha realizado una crítica bastante estructurada, según la cual

[...] ninguna de las operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: ni la inducción representada por la prueba de los hechos; ni la deducción en que

115 Expuesto así por Cafferata Nores. La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 40-43.

*consiste la calificación jurídica de los mismos tienen la forma de las proposiciones normativas, sino de proposiciones asertivas, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad*¹¹⁶.

Ferrajoli determina tres inferencias en el razonamiento del juez: una inferencia inductiva que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar por ejemplo que A ha causado la muerte de B; una inferencia deductiva que tiene como premisa la anterior, afirmación de hecho y un precepto que permiten afirmar que A ha cometido un delito de homicidio y un silogismo práctico que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (A ha cometido un homicidio; al homicidio corresponde X pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto. (A debe ser condenado a X pena). Se trata de dos silogismos de carácter teórico y un silogismo práctico.

Además Ibañez indica que el asumir metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, supone situar el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las explicaciones probabilísticas que son las que permiten afirmar algo; pero solo si la derivación es correcta con un alto grado de probabilidad o certeza práctica. Refiere que para que los márgenes de incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que, bajo la apariencia de enunciados descriptivos, se formulen solo juicios de valor.

Todo ello conduce a establecer que la inferencia judicial tiene su punto de partida en un acontecimiento humano que rompe de algún modo la normalidad, de modo que interesa al ordenamiento y que da lugar a la formulación de una “hipótesis acusatoria” que, como cualquier hipótesis, debe ser sometida a contrastación. La hipótesis

116 Ibañez, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. En: La sentencia penal, Madrid, 1992, p. 142.

acusatoria se contrasta con la actividad probatoria. Cuando al final del proceso de conocimiento, el juez establece unos hechos como probados, habrá formulado una hipótesis acerca de la forma en que los mismos tuvieron lugar. Para formular esa hipótesis, debe acudir a lo que se denomina “máximas de la experiencia”¹¹⁷.

El principio de valoración razonable de la prueba atiende al hecho de que esta no puede ser valorada arbitrariamente, sino que se deben seguir las reglas del raciocinio, así como las máximas de la experiencia. El juzgador tiene la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las normas o máximas de la experiencia común que somete el criterio del juez a parámetros objetivos, los cuales pueden ser invocados al impugnar una sentencia por valoración arbitraria o errónea. La arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto, desdeñar el verdadero, al otorgarles un valor probatorio que no tienen o negarles el que tienen.

El principio de intermediación de la prueba le otorga una amplia libertad al juez para apreciarla y valorarla; pero no excluye su deber de documentar el contenido de la misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras pueden ser controlados por las partes.

Dicho principio está previsto en el artículo 184 del CPP (además, se menciona en los artículos 142, párrafo 3); 361 primer párrafo y 369, inciso d). Se establece en esa norma que el tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.

117 Afirman los autores Arroyo y Rodríguez que el concepto tradicional de reglas de la psicología y experiencia común, comprendido en el término “reglas de la sana crítica” resulta ser bastante impreciso, debiendo evolucionar y enriquecerse. Algún sector de la doctrina ha preferido referirse más bien a las “máximas de la experiencia” que son definidas por Perfecto Andrés Ibañez, citando a Stein, quien señala que las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Arroyo y Rodríguez, óp. cit., pp. 90-91.

La Sala Constitucional tiene abundante jurisprudencia en el sentido de que es estrictamente necesario que el análisis y valoración de prueba dentro de una sentencia condenatoria se lleven a cabo según las reglas y principios de la sana crítica racional, garantía que forma parte del debido proceso. Sirve como ejemplo lo expuesto en la sentencia número 01739-92:

***h) El principio de valoración razonable de la prueba:** El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero –errores de hecho–, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso [...] el principio de inmediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzgador inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras puedan ser impugnadas por arbitrarias o gravemente erróneas[...].*

H) b) Es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso. Una dimensión importante del principio de congruencia es, además, el de la circunstanciada motivación de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha.

(En igual sentido, entre muchas otras, S 5911-01 de las 15:23 hrs. del 03-07-01 de la SC).

El artículo 320 del CPP establece que el tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso y ordenará de oficio

la que resulte esencial, y rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. Asimismo, dispone que de oficio, el tribunal ordene que se reciba prueba en el debate, solo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas. Contra esa decisión, solo procede el recurso de revocatoria, sin perjuicio de que se pueda reiterar la solicitud de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.

En relación con la facultad que tiene el tribunal de admitir o rechazar la prueba que será recibida durante el juicio, la Sala Constitucional estableció que esa escogencia no puede ser arbitraria ni infundada, sino que debe realizarse con apego a los principios de la sana crítica racional, de modo que el juzgador está obligado a admitir toda la prueba útil, pertinente y disponible que sea ofrecida.

Corolario de lo anterior es que el rechazo arbitrario de una prueba es violatorio del debido proceso al restringir indebidamente los medios de defensa de las partes en el proceso. Sin embargo, no todo rechazo de prueba apareja una violación al debido proceso, pues aunque la prueba sea legítima y pertinente, podría suceder que no se autorice su recepción, si resulta superabundante:

Como parte del debido proceso, el recurrente tenía –y tiene aún– el derecho a que las pruebas de convicción utilizadas por el Tribunal para condenarlo sean las necesarias y suficientes para arribar a una firme conclusión sobre su culpabilidad y además, que dicha conclusión se haya tomado después de conocer y valorar todas las pruebas disponibles y relevantes al caso, sin excluir ninguna de ellas de forma arbitraria e injustificada.

(S 1551-00 de las 8:57 hrs. del 18-02-00 de la SC).

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte ha expresado también reiteradamente la importancia del principio de valoración razonable de la prueba, señalando que el tribunal no se encuentra constreñido a otorgar o no otorgar determinado valor a ciertos elementos probatorios o a exigir determinada cantidad o clase de prueba para acreditar los hechos, sino que deben apreciar las probanzas lícitamente obtenidas e incorporadas, sometidas a su conocimiento, tomando en consideración las reglas de la sana crítica racional. Como ejemplos, se transcriben parcialmente los siguientes fallos:

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA

- Credibilidad a testigo único

[...] En un sistema de libre apreciación de los medios de prueba, como lo es el imperante en nuestro derecho, no existe ni un minimum, ni un maximum, para tener por demostrado un hecho concreto atribuido a un presunto autor o partícipe; no es entonces un asunto de cantidad probatoria, sino de calidad e idoneidad de los medios a fin de que las inferencias de ellos extraídas por los juzgadores, resulten lógicas y ajustadas a las máximas del correcto entendimiento humano. Es perfectamente factible que el Tribunal emita una sentencia condenatoria con el valor que le dio a la prueba testimonial de la ofendida únicamente, puesto que no se está en un sistema de prueba tasada, y el proceso se rige por las reglas de la sana crítica y debida fundamentación. En el caso concreto, el a quo es claro en fundamentar las razones por las cuales tiene acreditados los hechos que se acusan, puesto que, luego de valorar el testimonio de la agraviada bajo la inmediatez permitida en el contradictorio, indicó: “[...] esas manifestaciones las rindió la menor ofendida durante el debate, después de haber recibido apoyo psicológico (por cuanto inicialmente no quería hablar al encontrarse en un grave estado depresivo), con intervalos donde lloró suavemente, se le salieron las lágrimas o simplemente hizo silencio en forma breve; fueron claras, espontáneas, seguras, a penas con los titubeos propios de quien no quiere recordar un hecho tan desagradable que le ha ocurrido, sin ningún vestigio o elemento que pudiera generar duda al Tribunal sobre su veracidad, en el sentido de que no se observó que quisiera mentir o perjudicar al acusado injustificadamente [...]” (cfr. folio 155). Tal valoración es suficiente para determinar la responsabilidad del imputado, principalmente por la naturaleza del delito que se analiza, en virtud de que, generalmente, el agente activo actúa aprovechándose de la clandestinidad y valiéndose de las circunstancias que le provean una ventaja sobre su objetivo (la oscuridad, la soledad, la confianza, la violencia etc), tornando sumamente difícil encontrar una prueba testimonial directa como la que extraña en este caso el recurrente. Sin embargo, tanto la notitia criminis (parte policial, inclusive la denuncia), los peritajes médicos y psicológicos así como los testigos referenciales indicados, concatenados entre sí, lejos de excluir la participación del endilgado en los hechos denunciados, vienen a

reforzar el dicho de la menor perjudicada, quien desde el inicio del proceso refirió, que fue objeto de una agresión sexual por parte del encartado. Esta situación fue analizada, acreditada y correctamente fundamentada en la sentencia recurrida, por parte de los Jueces actuantes. [...] En el sistema penal vigente, el aplicador del derecho se rige por el método de libre apreciación de la prueba, que faculta conocer los medios probatorios existentes en forma individual, para que una vez conociendo todo el elenco de los mismos, los analice y les de el valor correspondiente, siguiendo las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica jurídica. De esta manera, no puede pretender el recurrente, que el Tribunal interprete las pruebas en forma aislada, sino que debe entenderse que la función intelectual que el Juzgador hace, es en forma integral. Así bajo este ejercicio mental, se tiene que el a quo, con respecto al dictamen médico legal realizado a la ofendida, considera en términos generales, de importancia el hecho de que la agraviada se presenta alegando una violación el día anterior y efectivamente con el examen físico se confirman los indicativos de tal delito (Dictamen médico legal MED-OF-716-2004 de folio 12), por lo que la ausencia de sustancias o elementos biológicos pertenecientes al imputado, no es un requisito para restarle validez al aporte extraído mediante dicho peritaje. Lo mismo sucede con las prendas tanto del imputado, como de la agraviada, no son esenciales para vincular al encartado con el delito cometido, puesto que el Tribunal determina la autoría del justiciable, principalmente en el testimonio rendido por la víctima. En este sentido, no lleva razón el recurrente, al decir que hay una violación al principio de inocencia, pues tal como se explicó, es después de haber ponderado los elementos inculpanes y exculpanes en un proceso penal conforme a derecho, que el Juzgador toma una decisión fundamentada del por qué se tiene para la especie, a M.C. como autor responsable del delito de violación en perjuicio de una menor de edad.

(S 509-06 de las 9:30 hrs. del 02-06-06 de la STC).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA - Posibilidad de otorgar credibilidad a las declaraciones de sospechosos o coautores

Por último, la defensa particular de Miranda Centeno asegura que se incorporó prueba espuria, pues la investigación se centró en testimonios rendidos por coautores (o al menos sospechosos), que brindaron relatos falsos y contradictorios. Es necesario indicar, que la circunstancia de que una persona figure como coimputada en una causa (e incluso haya negociado con el Ministerio Público un criterio de oportunidad, como sucedió con R.R.) no implica que el declarante mienta, ni que su dicho puede dejar de ser ponderado por el a-quo como cualquier otro elemento de prueba, conforme a las normas del correcto entendimiento humano. Sobre tal circunstancia, se está haciendo una alusión genérica, sin apuntarse de manera concreta algún vicio de entidad tal, que pudiera variar la decisión de los Juzgadores, máxime que como se indicó, la misma tuvo como principal sustento la declaración de R.M.S.CH., quien en todo momento describió y reconoció a M.C. como la persona que actuó en su contra.

(S 504-06 de las 9:05 hrs. del 02-06-06 de la STC).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA - Apreciación de los testimonios rendidos por menores de edad en la investigación de delitos sexuales

Es reiterada ya la jurisprudencia de esta Sala en relación con las reglas de valoración probatoria que deben traerse a colación cuando se trata de analizar las declaraciones de los menores –niños, niñas, adolescentes– víctimas de abuso sexual, pero especialmente de los menores de edad. Éstos no tienen la preparación suficiente, ni física, ni emocional para vivir una situación o experiencia de abuso sexual, esto es, una conducta sexualizada abusiva, menos aún cuando proviene del círculo de personas allegadas que, en la vida cotidiana, se esperaría que provean protección, apoyo y soporte. Son muchísimos los estudios de esta grave problemática que se han desarrollado y han aportado conocimientos y experiencias para comprender, según estas especiales circunstancias, los relatos, la conducta y el comportamiento de los menores de edad en el entorno previo, concomitante y poste-

rrior a aquél en que el abuso se descubre o en el cual la propia víctima lo ha verbalizado. Y todas estas variables llaman indiscutiblemente a poner atención a estos aportes, a estas nuevas y especiales reglas de la experiencia y la psicología que son las herramientas a utilizarse para valorar una declaración de un menor de edad víctima de abuso sexual, intrafamiliar o no y que por supuesto, por las especiales características de la “población” a la que pertenece el testigo-víctima, difieren, por especialidad y porque —es un hecho— demandan una actitud distinta y una especial sensibilidad al juzgador que ponderará el mérito de la declaración, difieren por ello, de la actitud y valoración que debe tenerse frente a la declaración de un adulto, que requiere, por sus características, de otros parámetros. A lo dicho debe añadirse que, generalmente, estos episodios de abuso sexual infantil se acompañan de otra problemática no menos compleja, como es la violencia intrafamiliar y las relaciones que de ella se derivan, con las variables propias que llaman a entender y comprender —desde los numerosos estudios que existen al respecto— la conducta del agresor o agresores y el comportamiento de la o las víctimas de este entorno. Es decir, se trata de un evento violento por su propia naturaleza, de manera que esto, unido a las experiencias que envuelven al o la menor víctima y lo ubican en un escenario complejo, no puede pasar desapercibido e ignorado por los Juzgadores al valorar este tipo de hechos. No puede desvincularse su análisis de la variable de violencia, en sus múltiples manifestaciones y, por ende, de las complicadas consecuencias que apareja para todos los involucrados, sin dejar de lado la vulnerabilidad propia de los menores, sometidos a la autoridad, el cuidado y el trato (o maltrato) de los adultos, que es una perspectiva que muy comúnmente se deja de lado. Así, se ha dicho que “El ocultamiento y la indiferencia con que la sociedad responde ante manifestaciones específicas de violencia contra niños y niñas ponen en evidencia: la concepción misma que se tiene de ella y el lugar que ocupa la minoría de edad en la estructura relacional. Y es que nuestras sociedades no reconocen a niños y a niñas pues —como dice Francoise Dolto— ‘los adultos tienen miedo de liberar ciertas fuerzas, ciertas energías que los pequeños evidencian y que ponen en cuestión su autoridad, sus conquistas y sus privilegios. Ellos proyectan sobre los niños sus deseos contrariados, su malestar y les imponen sus modelos’ a través del ejercicio abusivo de su poder”

Treguear L. Teresa. Abuso infantil: algunos aspectos conceptuales.

San José, Fundación PROCAL y PANIAMOR, Costa Rica. 2001. p. 6. Tener presentes las características de los menores y las relaciones sociales que se establecen a propósito y en torno a ellos, junto a la existencia de contextos particulares de violencia, de privación económica, social, cultural, etc., es necesario para poder dimensionar los hechos además de ser el primer paso para abordar el relato de un menor de edad del que se dice víctima de abuso sexual. Éste se define, en general como “la imposición a un niño o niña con base en una relación de poder, de una actividad sexualizada que propicia su victimización y en la que el ofensor obtiene una gratificación. Esta imposición puede ejercerse por medio de la fuerza física, el chantaje, la amenaza, la intimidación, el engaño, la utilización de la confianza y el afecto o cualquier otra forma de presión” *ibid*, p. 8. Evidentemente, esta definición es mucho más amplia y comprensiva del tema del abuso sexual que aquélla del tipo penal, pues surge desde las implicaciones para el menor de esta conducta abusiva y según la relación que media entre éste y su agresor. Está definido, por lo demás, todo un complejo proceso que sucede en el menor víctima de una situación de abuso, llamado “síndrome de adaptación o acomodación” cuyas características deben ser conocidas por los Juzgadores y los operadores del derecho en general, para que la forma en que se valora el testimonio de un menor sea completa y que tienen que ver, entre otras cosas, con el secreto al que el ofensor remite la experiencia, al sentimiento de impotencia del niño ante lo que sucede, la sensación de “atropamiento” y la búsqueda de mecanismos para adaptarse, la revelación del hecho tardía y conflictiva y la retractación como respuesta de defensa, entre otros factores importantes (para un mayor desarrollo de las características de este síndrome y en general del abuso sexual infantil, consúltese Fundación PANIAMOR Violencia y abuso contra personas menores de edad. Manual de contenidos. San José, Raymundo Brenes Rosales y Milena Grillo editores, 2ª. edición, 1998. pp. 68 y ss.) Esto no quiere decir que exista una regla preestablecida que diga que los menores no mienten o no son manipulados. Significa, antes bien, entender que las reacciones de los menores ante el abuso, su descubrimiento y sobre todo, frente a la necesidad de contar y narrar a personas desconocidas y dentro de un proceso penal, pueden ser muy variadas e incluyen estos referentes propios de la situación de abuso vividas que, si no se tienen en cuenta, pueden llevar a considerar con-

tradictorio o incluso inconsistente un relato que simplemente evidencia el conflicto interno del menor y la afectación sufrida por los eventos. Esta Sala al respecto, ha señalado: “[...] las distintas reacciones que se manifiestan en un menor, posteriores a un abuso sexual, han sido estudio constante y profundo por parte de la psicología, la psiquiatría y otras disciplinas, tales como el trabajo social y diferentes ramas que estudian específicamente el abuso sexual de menores. Dichas fases se han denominado en conjunto: “Síndrome de Adaptación o Acomodación al abuso sexual” y entre ellas, efectivamente se encuentra una primera fase de secreto, en la que se manifiestan sentimientos de vergüenza, dolor o miedo, que imposibilitan al menor revelar el suceso (ver en este sentido, resoluciones de esta Sala, # 335-03, de las 10:10 horas del 16 de mayo de 2003; # 330-04, de 9:45 horas del 2 de abril y # 1168-04, de 9:40 horas del 1 de octubre, ambas de 2004 y # 0012-05, de 9:45 horas del 21 de enero de 2005, entre otras. Sobre el Síndrome de Adaptación, ver González Pinto, Jorge Alberto. Abordaje de ofendidos en situaciones de violencia intrafamiliar, abuso sexual y menores involucrados en procesos familiares. San José, UNICEF, 2001). Por ello, no es de extrañar que el menor aceptara recibir la comunión de manos del imputado, o bien, que se presentara después de los acontecimientos al Centro Pastoral, circunstancias que en nada pueden considerarse como signo de mendacidad dentro de su testimonio, sino que se trató de una manifestación normal que encuentra respaldo en diversos estudios acerca de la forma de reaccionar de los menores de edad, que han sido víctimas de abuso sexual [...] ” precedente 1242-05 de las 17:30 del 26 de octubre de 2005. En cuanto a las reglas de la experiencia y la psicología en materia de abuso sexual infantil, se ha estimado que: “[...] Estas consideraciones encuentran respaldo en las reglas de la experiencia y la psicología, pues es de conocimiento común, ante los numerosos estudios que la realidad del abuso sexual en perjuicio de menores ha permitido descubrir, que efectivamente los menores de edad no están preparados ni física, ni emocionalmente para conductas sexualizadas, en especial por parte de adultos y cómo en razón de su inmadurez pueden percibir en forma distorsionada tanto el alcance como la naturaleza de las conductas específicas desarrolladas por los agresores, como también que es claro que tales experiencias resultan traumáticas, al punto que los menores no mantienen generalmente los mismos detalles en los distintos

relatos. Por ello, pueden ir revelando aspectos poco a poco, como omitiendo información a través de las diferentes evocaciones que hagan de lo sucedido, todo como parte de un proceso de adaptación emocional y de sobrevivencia, sin que estos elementos puedan identificarse necesariamente como indicadores de mendacidad. Esto es especialmente relevante cuando se trata de una conducta de abuso reiterada y prolongada en el tiempo, porque la carga emocional que tales conductas abusivas en sí representan, unidas al vínculo que pueda existir entre el menor y su victimario, como del ambiente que le rodea y de las condiciones mismas que el autor aprovecha para actuar, junto a la inmadurez de la víctima, todo ello puede provocar que las narraciones de los hechos no sean precisas, o bien que por ejemplo, se generalicen los patrones de abuso, como que de pronto se revelen detalles novedosos y todas estas variables deben ser analizadas considerando la situación específica del menor y su condición de vulnerabilidad en esta materia y no pueden ser utilizadas en forma aislada para descalificar al menor, porque eso sencillamente es desconocer la realidad que hay detrás del abuso sexual infantil. Por supuesto que eso no anticipa el valor que los jueces, gracias a la intermediación y a la ponderación de todo el material de prueba, puedan conceder a la declaración del menor, pero lo que sí es claro es que esa valoración debe tomar en cuenta la específica realidad del abuso sexual que tiene los elementos apuntados[...]" 556-04 de las 10:40 horas del 21 de mayo de 2004 (en el mismo sentido, consúltense además los precedentes #626-03, de 10:05 horas del 31 de julio de 2003 y # 2004- 01168, de 9:40 horas d el 1 de octubre de 2004). **III-** En el caso concreto y al arribar a sus conclusiones, el Tribunal estimó que la circunstancia de que la menor no pudiera describir "exactamente" en debate, la parte de su cuerpo que supuestamente el acusado le tocó era un factor de inconsistencia que los hacía dudar, porque ante el psicólogo forense sí pudo hacerlo. Se echa de menos el análisis y consideración de todos los referentes antes señalados, a fin de estimar como completo y por ende válido, este razonamiento. Nada se dice del contexto en que los hechos se produjeron, las relaciones que mediaban entre agresor y víctima y sin anticipar sobre el mérito de la imputación, la falta de profundización en estos y otros aspectos propios de los eventos que se conocen, tornan infundada la conclusión que lleva a considerar dubitativo el relato porque la menor en debate no detallara en específico el

lugar en que fue presuntamente tocada por su agresor. El contexto del debate y las distintas fases del proceso tampoco fueron variables que los Juzgadores consideraran para llegar a esa conclusión, porque tal y como ellos mismos lo manifiestan en la sentencia, la menor “no quería” señalar con claridad esa parte de su cuerpo, lo que ameritaba un mayor análisis, como también del resto de la prueba existente, lo que hace incompleta la fundamentación del fallo, en aspectos esenciales para las pretensiones de la impugnante y por ello el reclamo es atendible. Debe enfatizarse, como en forma reiterada ya lo ha señalado esta Sala, que no pueden equipararse a un testimonio las referencias que, para efecto de historia clínica y en el contexto de una evaluación, rinden las víctimas u ofendidos ante los distintos peritos –médicos, psicólogos, psiquiatras, por ejemplo– que intervienen en la investigación y realizando peritajes de interés para el caso. De igual forma que las referencias que al dicho de las personas entrevistadas por la policía, constan en los informes policiales, estos “datos” de los hechos expuestos por la menor ante los expertos, no pueden considerarse o valorarse como un “testimonio” pues éste sólo será –y muy especialmente con las reglas que rigen en el nuevo esquema procesal– aquella rendida en el debate y excepcionalmente la recibida con las reglas restringidas del anticipo jurisdiccional de prueba. En cuanto al tema de los menores víctimas de abuso y los datos dados, por ejemplo al perito, que son, por todo lo dicho, referencias y cuya entidad debe ser valorada de conformidad no sólo con las especiales características de la víctima, sino de los hechos que se conocen y los demás aspectos supra señalados, se ha dicho, en el precedente 556-04 antes citado: “[...] En el caso concreto, el defensor pretende descalificar a la niña porque en la entrevista ante la psicóloga forense, fue más explícita e incluso narró hechos que en debate no repitió. Esta circunstancia, de conformidad con lo ya expuesto, no es suficiente para estimar que la víctima miente, pues además sucede que el defensor omite precisar que en dicho relato la menor expone exactamente otros episodios que reiteró en la audiencia y que son base de la responsabilidad penal que el fallo establece, es decir, es cierto que la menor declaró más ampliamente ante la perito, pero también lo es que en debate repitió esencialmente los mismos aspectos y nunca se desdijo respecto de que el imputado realizara las conductas abusivas de índole sexual en su perjuicio, siempre mantuvo incólume la identidad del agresor, el sitio de

las agresiones y la oportunidad que aprovechaba el acusado para ellas, como el patrón común del abuso: siempre la tocaba con las manos en sus genitales y en sus pechos y también que le regalaba dinero. Estos aspectos son específicamente considerados por los Juzgadores (cfr. sentencia, folio 61 y ss.) y les permiten afirmar la credibilidad del relato de la niña, porque además se ve reforzado por otras probanzas, como por ejemplo el cambio de conducta que mostró para el período en que los abusos se dan, su creciente rebeldía, narradas por su madre, así como el hecho, advertido por su maestra y personal de la escuela a la que asistía, de que la menor siempre portaba mucho dinero cuando su madre, la testigo Fanny Delgado, apenas podía darle cien colones diarios, como lo narró ésta en la audiencia. Esta variable del dinero viene a reforzar la versión de la víctima, quien narró que era “compensada” por su abusador regalándole dinero y artículos que expendía en el negocio y contribuye a valorar la distorsión que todos estos eventos pudieron generar a nivel emocional en ella y así lo razonan los Juzgadores, sin que los elementos del relato que la menor hizo ante la psicóloga forense y que extraña la defensa contribuyan a deslegitimar estas conclusiones pues de ese mismo relato se extraen, por el contrario, todos los elementos que sustentan el fallo en los dos hechos que tienen por demostrados y que la niña también narró en esa oportunidad. Así las cosas, el reclamo carece de sustento y se impone su rechazo[...]. Por todo lo expuesto, es claro que no pueden colocarse al mismo nivel de un testimonio las referencias que la menor dio al perito porque no son testimonios, ni puede confrontarse en debate a un menor sobre “lo declarado” al perito, porque ni es función del perito recibir “declaraciones testimoniales” a los menores, ni lo que éstos digan pueden ser consideradas declaraciones o testimonios, sino la referencia necesaria, la historia clínica indispensable sobre la que debe basarse el estudio pericial y la que servirá de base para las conclusiones que se obtengan, que son la prueba a valorar. Sin embargo, estos datos que allí se dieron, junto al resultado de la pericia y aunado a todas las variables antes señaladas que obligan a los Juzgadores a ser sumamente cuidadosos, utilizando las reglas especiales que se imponen al valorar la declaración de los menores que han sido víctimas de abuso sexual, tal cual ha sido extensamente considerado en esta sentencia, pueden y deben ser ponderados para contextualizar los hechos, como elementos que lleven a entender y comprender

el comportamiento del menor a lo largo del proceso, el camino que ha recorrido y el posible escenario de revictimización que ha pasado, como elementos para complementar la valoración que de lo narrado en la audiencia corresponda realizar. Por ello es reiterada la posición de esta Sala en cuanto a que, como ya se indicó “[...] En materia de delitos sexuales y especialmente en perjuicio de menores de edad, es usual que los niños no relaten en forma idéntica los acontecimientos, pues precisamente por la naturaleza de éstos, se generan en el menor una serie de impactos emocionales y de procesos de adaptación que los llevan a recordar en forma episódica ciertos aspectos, a omitir otros, o a recordar elementos que antes no tenían presentes, evolución que depende en mucho de las reacciones que el menor observe en su entorno y del apoyo que tenga al enfrentar no solo los hechos, sino la realidad del proceso mismo, como también de su propia estructura emocional, su madurez y su condición. Estas variables deben tomarse en cuenta cuando en forma infundada se pretenda vislumbrar contradicciones y omisiones en la información que un menor pudo dar a lo largo del proceso, pues podrían explicarlas razonablemente, si no hay otros indicadores que señalen lo contrario [...]” precedente 820-04, de las 9:56 horas del 9 de julio de 2004. De igual forma es necesario recalcar que las conductas constitutivas de abuso sexual deben valorarse en su contexto, por las implicaciones sociales y culturales tanto del hecho concreto como del ámbito en que se producen y ello lleva a ponderar desde las condiciones propias de la víctima, su edad, la relación con su agresor, el ambiente que rodeó la situación que se estima abusiva, el tipo de acercamiento, la zona del cuerpo tocada, rozada o de algún modo violentada, así como la conducta y posición del agresor, todo ello a fin de calificar la conducta como constitutiva de abuso sexual. Se ha considerado que en el delito de abuso deshonesto: “[...] la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatare que éste objetivamente importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma. El abuso deshonesto también pue-

de tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera). La comisión de este delito no incluye –aunque puede suceder– la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente “abusiva” y “deshonesta”, que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –e n el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero [...]”. 244-04 de las 9:25 horas del 19 de marzo de 2004. Estos conceptos ya habían sido expuestos y profundizados desde el precedente # 329-95 de 15:40 horas del 8 de junio de 1995. Así las cosas, si bien

la acusación no expresa que la conducta que se atribuye al acusado tuviera un fin libidinoso, sí contiene los elementos necesarios para establecer que el agente se aprovechó de momentos en que la menor se quedaba a solas con él, para introducir su mano en el calzón y tocarle sus glúteos, acto con claro contenido sexual y de connotaciones abusivas, por lo que erró el Tribunal al estimar que, de acreditarse tales eventos, no podría aplicar el tipo penal que se acusó, por todo lo expuesto. Así las cosas, los reclamos deben acogerse. Se anulan el fallo, así como el debate que le precedió y se dispone el reenvío para la realización de un nuevo juicio como corresponde.

(S 511-06 de las 9:40 hrs. del 02-06-06 de la STC).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA

- Imposibilidad de generalizar veracidad en testimonios de menores de edad

Como parte de esas reflexiones, también incluyó un párrafo que precisamente resulta ser el objeto del reclamo planteado por el impugnante, en que se señaló: “[...] como regla de principio, en tales casos se ha de creer a la víctima que dice haber sufrido la violación o el abuso sexual, máxime si se trata de una persona menor de edad, de quien se presume la veracidad de sus manifestaciones, habida cuenta de no estar influida por motivaciones o sentimientos interesados; claro está, a menos que durante el proceso se presenten circunstancias o razones que desdigan o hagan dudar objetivamente de la veracidad de su testimonio.” (cfr. folio 108). Si bien es cierto la mayoría de las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal se refieren a máximas de la experiencia en materia de delitos sexuales, no puede concluirse lo mismo con la última observación citada, pues ésta parte de una presunción o prejuicio, en el sentido de que la declaración de un menor víctima de abuso sexual debe ser creída, premisa que riñe abiertamente con el sistema de crítica racional o sana crítica que rige nuestro sistema procesal penal y que en todo caso, tampoco coincide con lo obtenido a través de los estudios realizados en ese campo.

(S 464-06 de las 9:30 hrs. del 23-05-06 de la STC)

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA

- Teoría de la capacidad de rendimiento - Apreciación de contradicciones en aspectos periféricos al hecho

Esta Sala comparte en un todo la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. Las pequeñas contradicciones entre los testigos, en cuanto a aspectos periféricos al hecho principal, se derivan de los subjetivísimos procesos de percepción, fijación y evocación de la memoria y son totalmente normales. En esta materia, una coincidencia absoluta en detalles mínimos resultaría más bien sospechosa, en razón de la diversidad subjetiva de los declarantes. Además, el citado órgano judicial ponderó la credibilidad del dicho de los testigos, con base en los principios de oralidad e inmediación propios del juicio oral, haciendo referencia incluso a su lenguaje corporal. Según la Teoría de la Capacidad de Rendimiento desarrollada por la doctrina alemana (Leistungsmethode), el límite de la posibilidad de valorar las pruebas recibidas en juicio, es precisamente el derivado de tales principios, teoría que aunque sin mencionarlo en forma expresa, ha adoptado esta Sala: “[...] Para tales efectos debemos tener presente que, luego del juicio oral, la convicción de los juzgadores plasmada en la sentencia pasa por dos distintos niveles: (a) el primer nivel consiste en la formación del criterio que se forman los juzgadores con base en todo lo percibido en el juicio oral. Se trata del examen sobre la credibilidad de la prueba, es decir el valor asignado a cada uno de los elementos de constatación incorporados a la audiencia oral. Este nivel está conformado por dos momentos: la percepción de la prueba que se realiza durante el juicio; y la motivación de la interpretación de la percepción que tuvo lugar en ese juicio. (b) El segundo nivel se refiere a la estructura racional de la formación de la convicción, es decir a la observancia de las leyes de la lógica, la psicología, la experiencia, los conocimientos científicos, el sentido común, en las deducciones que el Tribunal realice a partir de la prueba (Véanse por todos, IBAÑEZ, PERFECTO ANDRES. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, Nº 12, 1992, pp. 257 ss.; y BACIGALUPO, ENRIQUE. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, en op. cit., pp.13 ss, en especial 29 y 30). Se trata de la estructura lógica por medio de la cual los juzgadores de instancia justifican sus conclusiones a partir de los elementos de prueba percibidos. La casación no puede incursionar en el primer nivel, porque

ni puede percibir la prueba recibida en el debate en forma oral (con inmediación), ni puede suplantar la motivación de los juzgadores sobre cómo percibieron la prueba y cuáles conclusiones extraen. Lo impugnabile en casación en lo que al principio del *in dubio pro reo* se refiere, sería el segundo nivel. En efecto, la impugnación tendría que dirigirse a atacar la estructura racional al formarse la convicción, demostrando con bases firmes que conforme a las leyes de la lógica, la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicos, no podía derivarse una conclusión certera sobre la culpabilidad, sino un estado admisible y real de duda en cuanto racionalmente no era posible concluir otra cosa entre al menos dos posibilidades. No se trata de una simple disconformidad con las conclusiones del Tribunal. Por otra parte debe señalarse que la posibilidad de examinar el principio *in dubio pro reo* en casación en los términos señalados, no significa que la Sala pueda sustituir la valoración probatoria hecha en el caso concreto por los juzgadores de instancia. Si bien debemos rechazar la afirmación tradicional de que la Sala de Casación no puede valorar la prueba oral, lo cierto es que ello no significa que pueda sustituir la valoración de la prueba oral realizada por el Tribunal de Juicio. La casación sí valora la prueba, incluso la oral, en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica; cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso); cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal; entre otros casos, pues en todos esos supuestos debe apreciar la incidencia de esa prueba en la conclusión, así como también la incidencia de la restante prueba para determinar si la conclusión se mantiene o no excluyendo aquella viciada, o incluyendo la prueba que se echa de menos (inclusión o exclusión hipotética). Pero en esos supuestos sólo verifica si la valoración hecha por el Tribunal sobre la prueba es correcta o no, pues de encontrar algún yerro esencial dispone la nulidad y ordena el respectivo juicio de reenvío, con el fin de que otro Tribunal examine la prueba válida y legítima luego de un juicio oral. Lo anterior es así en virtud del principio de inmediación que informa la oralidad, pero en ningún caso suplanta y sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el a quo por una propia. Ahora podríamos agregar también que alguna valoración de prueba oral debe realizar la casación cuando examina el cumplimiento del principio del *in dubio pro reo*, pero no puede pretenderse que la Sala sustituya la valoración del Tribunal con el fin de

*llegar a conclusiones fácticas y jurídicas distintas, sino sólo con el fin de que se señale que la valoración del Tribunal sentenciador es errónea, lo que tiene como consecuencia la nulidad del fallo y la disposición del juicio de reenvío. ===== 5) Por todo lo expuesto, debemos concluir que la aplicación indebida o la falta de aplicación del principio in dubio pro reo sí puede ser conocida por la Sala de Casación en los términos antes señalados”, (SALA TERCERA, fallo # 158-F-94, de 8:55 horas del 20 de mayo de 1994. Sobre la teoría de la capacidad de rendimiento ver: PASTOR, Daniel, La Nueva Imagen de la Casación Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 75. BACIGALUPO, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 29 y 33). En el presente caso, el a-quo decidió lo correspondiente respecto a la veracidad de lo declarado por los testigos y el imputado, con base en apreciaciones derivadas de las reglas de oralidad e intermediación, aspectos sobre los cuales esta Sala no puede, ni debe sustituir al Tribunal de Juicio. Por otro lado y con base en los argumentos arriba indicados, no se observa preteridas las reglas del correcto entendimiento humano que alega quien recurre, por lo que el reclamo **debe declararse sin lugar**.*

(S 984-05 de las 11:35 hrs. del 26-08-05 de la STC. En el mismo sentido, la S 98-06 de las 16:10 hrs. del 13-02-06 de la misma sala).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA - Motivación acerca de la credibilidad otorgada a la prueba recibida

[...] puede observarse que el Tribunal de mérito conforme a sus potestades valorativas razona adecuadamente el contenido de las declaraciones rendidas en juicio por estos testigos, confrontando esos testimonios con las restantes declaraciones recibidas en el debate, explicando de forma exhaustiva por qué razones se convence de la versión que fundamenta la condena y por qué no da crédito a lo manifestado por los testigos de descargo. Este proceder es válido y no configura ninguna exclusión arbitraria de prueba como lo alega el impugnante, ya que dentro de las potestades del juez está precisamente, conforme a las reglas de la sana crítica racional, dar crédito a los testimonios que luego del contradictorio le merezcan fe sobre la verdad de los hechos y desdeñar aquellos que apunten a lo

contrario, exponiendo en la sentencia de forma diáfana las razones para esa decisión, lo cual es parte de la normal labor de análisis de la prueba dentro de un sistema procesal que se rige por la libre convicción.” En este sentido, esta Sala considera suficientes las conclusiones del Tribunal sobre esta prueba que indica el recurrente, dejando claro el Tribunal por qué da más credibilidad a la demás prueba testimonial, conformada por los testimonios de los jóvenes M.H.C.M, J-A.S.C. y J.L.C.M., quienes de manera contundente acreditan la realización del homicidio por parte del imputado, debilitando sustancialmente los testimonios que reclama el defensor público en su recurso debieron ser tomados en cuenta de manera distinta. [...] Como se constata, el Tribunal sí explica con detalle las razones por las que no da crédito a las declaraciones de los testigos ofrecido por la defensa, los cuales en todo caso se trata de personas que no observan cómo se da la agresión por parte del imputado N.S., motivo por el cual no existe el vicio de falta de motivación en la sentencia en relación con ambas declaraciones. Ahora bien, que el recurrente esté inconforme con el Tribunal porque no le dio la razón a su tesis de defensa, no significa lo anterior que existan los vicios que señala en la sentencia, la cual cumple con las garantías del debido proceso.

(S 1119-05 de las 8:40 hrs. del 30-09-05 de la STC).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA - Deber de analizar prueba documental relevante para el esclarecimiento de los hechos.

[...] el tribunal de mérito apoyó de manera importante su decisión, en que la información suministrada oralmente en juicio por la menor ofendida y su padre, no permitió precisar o al menos establecer en forma aproximada, la fecha en la que ocurrió el abuso denunciado. No obstante ello, no echó mano de la prueba documental (básicamente la denuncia y el informe psicológico), siendo que tales elementos bien pudieron arrojar luz al respecto, pues de ahí parece sugerirse una ubicación temporal distinta a la que señala la acusación fiscal (sin que ello, en principio, pudiera estimarse como lesivo del derecho de defensa y del debido proceso) [...] los Juzgadores decidieron absolver al acusado exponiendo varios razonamientos erróneos, e incurriendo en el vicio de falta de motivación, lo que afecta la

legitimidad de la decisión, pues el Tribunal de mérito dejó abierta la posibilidad a alternativas razonables en punto a la determinación del hecho, como se ha explicado anteriormente: “La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado (Juez) logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común” [...] No sobra decir que la adopción de este sistema implica, por lo tanto, la necesidad de motivar o fundamentar las resoluciones [...] consistente en extender las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados, lo cual requiere la concurrencia de dos operaciones, a saber: la descripción (reproducción o precisión) del contenido del elemento probatorio y su valoración crítica (mérito o consideración razonada), con miras a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya (de no ser así, no sería posible verificar si la conclusión a que se llega deriva racionalmente de esas probanzas, invocadas en su sustento). “Una sentencia tiene fundamento [...] si la libre convicción de la mayoría sobre cada una de las cuestiones planteadas para resolver respecto de la acusación penal o de la demanda civil, está explicada en forma completa mediante elementos probatorios de valor decisivo, que no sean contradictorios entre sí, ni son ilegales, ni contrarios a las reglas de la sana crítica racional” [...] Así, cuando en casación se acusa la “violación o inobservancia de las reglas de la sana crítica racional”, en realidad se está diciendo que las constataciones efectuadas o las conclusiones deducidas por el juez de mérito (o juez de los hechos) dejan abiertas aún otras posibilidades, que el juez no consideró en los fundamentos de su sentencia o no lo indujeron a demostrar y a fundamentar con más exactitud sus constataciones y conclusiones (para excluir esas otras posibilidades), por lo tanto, una sentencia no se anula por haber sido incorrecta la apreciación, sino que se anula por no ser irreprochable la **exposición** con relación al resultado obtenido [...] Por eso cuando la Sala de Casación revisa la sentencia del a quo no hace constataciones de hecho propias –reseleccionando o revalorando la prueba–, sino que solamente anula las constataciones efectuadas por el juez de los hechos en cuanto sus razonamientos no suministren sostén a la conclusión, pues la Sala

extrae sus propios elementos de juicio únicamente de la sentencia y de su fundamentación (pues ella solo dispone de “actuaciones inertes” y no de la inmediatez del debate oral con todos los medios de prueba). Eso explica que una decisión propia sobre el fondo del asunto tomada por la Sala de Casación es admisible únicamente cuando (dicho grosso modo) ya no se necesitan más discusiones ni constataciones de hechos (esto explica también el denominado límite de intangibilidad de los hechos), pues de lo contrario la causa tendría que anularse y reenviarse para la nueva sustanciación” (Sala Tercera, V-481-F de las 11:00 horas del 16 de octubre de 1992). Así las cosas, en vista de que las deficiencias apuntadas afectan de modo esencial los fundamentos del fallo absolutorio de instancia, se declara con lugar el presente recurso de casación que formula el Ministerio Público, anulándose el mismo y ordenándose el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho.

(S 772-05 de las 12:00 hrs. de la 8-07-05 de la STC).

VALORACIÓN RAZONABLE DE LA PRUEBA - Obligación de razonar acerca de credibilidad de los testimonios

I. En el primer motivo del recurso presentado por la licenciada A. T.J se alega falta de fundamentación. Considera la recurrente, que: “[...] en la sentencia de marras no se expresan los elementos por los cuales el tribunal consideró que la declaración de la ofendida era veraz, parece que lo es únicamente porque reconoce al imputado, pues así lo cita el tribunal, pero no se indica en ningún momento porqué es veraz, y porqué coincide con los testimonios de los otros testigos [...]” (ver folio 66). El reclamo no es atendible: Las reglas de la psicología, que como parte de la sana crítica debe utilizar el juzgador, no se refieren a los conocimientos técnicos de esa rama de las ciencias sociales, pues entonces los jueces deberían ser no sólo abogados, sino además psiquiatras. Se trata de una psicología empírica, que se complementa con las normas de la experiencia. Con respecto a la veracidad de los testigos, resultan muy adecuadas a este caso las palabras de De la Rúa, referidas al juez: “[...] no es necesario que indique cuál es el procedimiento psicológico que emplee, pero debe aplicar un procedimiento de ese tipo...será suficiente que le juez se apoye en la

mayor apariencia de sinceridad de un testigo con relación a otro [...]” (DE LA RUA, Fernando, La Casación Penal, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 162 y 163.) En la sentencia de marras, el tribunal consideró que el relato de la ofendida es veraz, y además fue ratificado por los otros testigos. Por otro lado descalifica la declaración del imputado pues considera risible su versión en el sentido de que se iba a caer y para evitar la caída se agarró de los senos de la víctima (ver folio 47). En este caso el tribunal procedió de la forma exacta en que lo explica el ejemplo citado, indicando las razones por las cuales algunas versiones le merecen credibilidad y otras no, de manera que no se produce la falta de fundamentación alegada.

(S 640-05 de las 12;11 hrs. del 17-06-05 de la STC).

3.7 PRINCIPIOS DEL JUICIO ORAL

El juicio oral es la etapa principal y culminante del proceso, en virtud de que en ese escenario, finalmente se resuelve o redefine el conflicto humano subyacente que dio origen al proceso penal. Es en esta fase, donde los principios de inmediación, publicidad, contradictoriedad, continuidad y concentración cobran vigencia, en la medida que conduzcan a un enjuiciamiento justo, apegado a los derechos y garantías de las partes en el proceso. Así, refiere el artículo 326 del CPP:

3.7.1 Acusación como base del juicio

Como primer aspecto, la norma hace alusión al principio de imputación, en la medida en que ciertamente la acusación es la base sobre la que se debe desarrollar el contradictorio y dictar la sentencia. La importancia de esto radica en que la actuación del acusador debe ser transparente, en punto a los hechos que atribuye al imputado, de modo que no puede haber sorpresas para la defensa y, además, el tribunal de juicio tiene limitada su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso, aunque pueda darle una calificación distinta a la propuesta por el acusador público o querellante¹¹⁸.

118 Dall'Anese Ruiz, Francisco. El Juicio. En: Reflexiones... óp. cit., p. 654.

El debate se inicia precisamente con la lectura o explicación de la acusación por parte del Ministerio Público o querellante (artículo 341 del CPP). El código además establece que si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa (artículo 346). De igual forma, podrá procederse a la ampliación de la acusación o corrección de errores (artículos 347 y 348), conforme se desarrolló al referirnos al tema del principio de imputación. Lo importante es que no se cause indefensión al imputado y se posibilite así el cumplimiento del principio de congruencia.

3.7.2 La oralidad

La oralidad es un mecanismo o instrumento utilizado para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal, como son la inmediación, publicidad e identidad del juzgador. La importancia de la oralidad radica en que es el modo más eficaz que nuestra cultura ha encontrado, hasta el momento, para comunicarse de una manera pronta, directa y transparente.

El sistema oral es el más apto para realizar los fines, principios y garantías básicas del proceso penal. Si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad)¹¹⁹, lo cual permite una mejor transmisión de ideas y conocimientos.

También admite tener un contacto directo con los elementos probatorios, sin intermediarios, permitiendo tanto al juez como a las partes, percibir aspectos que no se lograrían captar por medio de la escritura:

La oralidad en la recolección de la prueba ubica en el mismo sitio a todas las partes –incluido el tribunal– como receptor. Esto permite conocer al testigo, durante la brevedad de la declaración, en los aspectos de educación y uso del lenguaje; las partes pueden

119 Binder, op. cit., p. 101

*descender al nivel del deponente, para así valorar de la mejor forma el mensaje. Incluso, de ser necesario, éste podrá expresar sus ideas con ademanes o una dramatización en la sala de audiencias, con el uso de una pizarra o maqueta, etc. Así se conocerá de la mejor forma la versión del testigo*¹²⁰.

El principio de oralidad está considerado en diversas normas de derecho internacional¹²¹. Además, se encuentra establecido en el artículo 333 del CPP, el cual señala:

La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participen en ella.

Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en español, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyendo o traduciendo las preguntas o las contestaciones. Las resoluciones del tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente; todos quedarán notificados por su pronunciamiento y se dejará constancia en el acta.

En relación con las ventajas de la oralidad frente a la escritura, se estableció:

En los procesos escritos, el funcionario receptor de la declaración la consigna haciendo un aporte personal al documento, desde su cultura, su dominio del idioma, llegando muchas veces a resumir lo declarado por el testigo o a consignarlo a través del empleo de palabras distintas

120 Dall'Anese, op. cit., p. 655

121 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2 f) que señala que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad al 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, el artículo 8.5, en cuanto dispone que el juicio debe ser público; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1 que indica que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, el artículo 14.3.e en cuanto establece que toda persona acusada de delito tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, en el párrafo segundo del artículo XXVI, prevé que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes.

a las usadas por el deponente, recurriendo a sinónimos o frases que aunque parecidas a las emitidas por el testigo, pueden contribuir a modificar el sentido de su declaración. El intermediario tiene la facultad de influir en el documento final mediante el énfasis en la interrogación de ciertos aspectos puntuales, o mediante la limitación del tiempo a la persona que le brinda la información. El gran valor de los sistemas de juicio orales es, que mediante los principios de oralidad e inmediatez tanto el Tribunal que dicta la sentencia, como las partes, pueden recibir la información de primera mano, valorando no sólo lo expresado por el testigo, sino también sus gestos, su comportamiento, su manejo del idioma y toda una serie de factores que no es posible apreciar en las declaraciones escritas.

(S 1165 de las 11:05 hrs. del 19-12-03 de la STC).

Sobre el valor de la oralidad para la valoración del testimonio, en relación con el careo, se señaló:

La oralidad en el testimonio permite al juzgador apreciar la declaración, no sólo en cuanto a su contenido propiamente, sino en cuanto a un sinnúmero de factores, tales como la actitud del testigo, sus gestos, movimientos, mirada y tono de voz –entre otros– cuya percepción permite al juez, luego de una valoración conforme a la normativa reguladora del correcto entendimiento humano, exponer las razones por las que un testimonio le merece credibilidad o no. En el caso del careo, este medio probatorio resulta ser de suma utilidad cuando existen versiones contradictorias entre declarantes. El artículo 233 del Código Procesal Penal dispone, que el careo de personas podrá ordenarse cuando: “[...] en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a intervenir. [...]”. Durante esa confrontación, los Juzgadores pueden examinar la reacción del declarante con respecto a las manifestaciones del otro, detalles omitidos en la declaración, la defensa utilizada, valorando además su actitud ante quien sostiene una versión contraria a la suya. Si –como ocurrió en este caso– el Tribunal percibió que el afectado H.O. se mostró: “[...] apabullante, demolidor, amo y señor de la situación” y por eso, le otorgó credibilidad a su versión respecto al imputado, esto es una apreciación que los

Jueces obtuvieron luego de analizar el elemento de conformidad con las reglas del correcto entendimiento humano, razonamiento expuesto por el Tribunal de manera profunda, explicando las diversas razones por las que específicamente, en cuanto al careo, el dicho de J.D. le resultó confiable [...].

(S 1242 de las 17:30 hrs. del 26-10-05 de la STC).

El Código también contempla lo que denomina como “Excepciones a la oralidad”, al regular en el artículo 334:

Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

- a) Las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible.
- b) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa, realizadas conforme a lo previsto por este Código.
- c) Las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.
- d) Las actas de las pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias.

Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación.

Sobre el tema de incorporación de prueba por lectura al debate, la Sala Constitucional señaló que debe tratarse de un procedimiento excepcional que solo puede utilizarse cuando sea indispensable para resolver un caso sometido a conocimiento del tribunal, y se ha de admitir únicamente, cuando se presenta alguno de los supuestos establecidos taxativamente en el artículo 334; siempre y cuando, no se cause perjuicio grave e irrazonable al derecho de defensa del imputado.

Dentro de ese marco, debe examinarse el valor de la prueba incorporada por lectura al debate y su incidencia a la hora de dictar el fallo condenatorio, a efecto de establecer, a la luz de los principios enunciados, si en el caso concreto existió

quebranto a la garantía del debido proceso, por haberse tomado en consideración para resolver, una prueba no aportada legalmente o no incorporada de forma idónea al debate.

(S 232-01 de las 14:34 hrs. del 10-01-01 de la SC. En el mismo sentido, 10816-00 de las 14:49 hrs. del 06-12-00; 10575-00 de las 15:09 hrs. del 29-11-00 de la misma sala).

Se prevé entonces la posibilidad de que el Ministerio Público pueda ordenar y realizar determinados actos probatorios que solo pueden ser introducidos al debate por lectura en los presupuestos previstos por el artículo 334 del CPP.

Existe la posibilidad de realizar anticipos jurisdiccionales de prueba, en los cuales la tarea inicial del juez es verificar la concurrencia de los supuestos de ley para que la prueba solicitada por el Ministerio Público se anticipe al juicio, además de garantizar los principios de oralidad en su recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción, inmediación), de forma tal que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio, conforme lo dispone el artículo 293 del CPP.

La Sala Constitucional ha estimado que no es suficiente para que el acto adquiera plena eficacia que la prueba se haya anticipado con todas las garantías, sino que también es necesario que se presente alguna de las circunstancias en que es autorizado por la ley. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez, pero donde también puede tener injerencia la defensa a través del instituto de la actividad procesal defectuosa.

Como excepción a la regla, cuando no se tiene individualizado al imputado, o en casos de extrema urgencia, el juez puede prescindir de la citación a las partes. La calificación de la extrema urgencia es competencia del juez, de forma que si la defensa considera que la valoración al respecto es errónea y que, por lo tanto, la diligencia debe ejecutarse en otro momento con la presencia del o los imputados, debe protestar por el vicio cuando lo conozca, describiendo el defecto y proponiendo la solución correspondiente, no solo para evitar la convalidación del vicio, si no es un defecto absoluto (artículos 175 y siguientes del Código Procesal Penal), sino además por el deber de lealtad que se impone a las partes litigantes en el proceso penal (artículo 127 ídem). (S 10120-04 de las 15:37 hrs. del 14-09-04 de la SC).

Se ha establecido que el Ministerio Público puede realizar entrevistas durante el procedimiento preparatorio, cuando lo crea conveniente. Si bien debe permitir la presencia de las partes, no está obligado a comunicarles antes las entrevistas que realizará, ya que son actos de investigación que no tendrán incidencia en el juicio, puesto que la prueba testimonial no se produce hasta el momento del debate, con excepción del anticipo jurisdiccional de prueba.

Así no es posible incorporar al debate las declaraciones o entrevistas que se reciban durante la investigación y, en el caso del ofendido, solo es permitido incorporar la denuncia “inicial” como “notitia criminis” que sirvió para poner en marcha el aparato estatal. Las declaraciones que el ofendido rinda ante el fiscal, sobre los mismos hechos, después de la denuncia, no pueden ser incorporadas, aunque se les denomine “ampliación de denuncia”, porque constituiría una forma impropia de introducir al debate declaraciones recibidas durante la investigación, violentándose así el principio de oralidad y, con él, los de intermediación y contradicción.

(S 1134-05 de las 9:55 hrs. del 30-09-05 de la STC y, en el mismo sentido, 972-03; 208-00; 420-02; 972-03; 590-04; 072-05, todas de la misma sala).

Se ha resuelto que la denuncia como documento puede ser incorporada al debate y, en consecuencia, debe ser analizada como otro elemento de prueba más (S 467-06 de las 9:45 hrs. del 23-05-06; 874-04 de las 9:10 hrs. del 23-07-04; 0812-01; 1072-02, 0587-02, todas de la STC).

No obstante, también se ha señalado que las excepciones de incorporación de prueba documental que prevé el artículo 334 del Código Procesal Penal deben interpretarse en el sentido de que no podrían de ningún modo sustituir a la prueba directa y esencial (que necesariamente habrá de evacuarse en juicio, con plenas garantías de contradictorio), sino que simplemente podrían venir a respaldarla. De manera que si solo se cuenta con la denuncia y no con la declaración oral del ofendido en el juicio, no podría aquella sustituirla en perjuicio del imputado (S 1252-05 de las 8:45 hrs. del 07-11-05, de la STC).

La denuncia podría ser utilizada para ayudar a la memoria del testigo: *[...] en el supuesto bajo análisis, se trata de una situación diametralmente distinta, no de ausencia del testigo en audiencia, sino del uso de la prueba documental aludida para ayudar a su memoria, situación que resulta correcta, siempre y cuando, al momento de valorarse la*

probanza, se respeten las reglas del correcto entendimiento humano, de la manera en que lo hizo precisamente el Tribunal [...] Obsérvese, que no se trata de sustituir una probanza con otra, sino, de su mero complemento. Además, debe tomarse en cuenta que la denuncia constituye el relato original, pristino, de la niña, que confrontado con el rendido en juicio, resultó coherente, amén de que el mismo resulta conteste con el vertido en sede forense -según da cuenta la respectiva pericia psicológica forense, visible a folios 190 a 191- que concluyó que se trataba de una versión confiable.

(S 415-06 de las 10:10 hrs. del 12-05-06 de la STC).

También se ha resuelto que la declaración que el testigo rinde de viva voz en el debate no puede demeritarse solo porque ese mismo testigo dio declaraciones diversas ante un perito, porque estas últimas no pueden valorarse como “testimonio”:

[...] las manifestaciones que pueda rendir el testigo ante funcionarios encargados de emitir criterios periciales, tales como psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales o bien, médicos en general, no pueden ser consideradas como declaraciones ni ser utilizadas como parámetro para medir la consistencia, congruencia y veracidad del testimonio que eventualmente rendirá esa persona en el contradictorio. Las versiones que se dan ante los peritos o auxiliares de las partes son una herramienta para dar luz al perito o consultor que requiere conocer y valorar los hechos que se narran, desde su propia perspectiva según sus conocimientos en alguna ciencia, arte o técnica. Es incorrecto entonces, considerarlas como “testimonios”, pues no cumplen con las exigencias, formalidades y garantías con las que sí cuenta la prueba testimonial en el juicio o bien, conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional en los casos establecidos como excepción a la oralidad (artículo 334 del Código Procesal Penal), entre los cuales también se encuentra la posibilidad de incorporar peritajes e informes (inciso b). Sin embargo, debe quedar claro que en este último supuesto, si la prueba pericial contiene una versión de los hechos por parte de quien depondrá como testigo en el contradictorio, lo que debe estar sujeto a valoración es el aspecto meramente técnico de la pericia, sus conclusiones, metodología empleada, etc, pero no puede socavarse la oralidad mediante la

introducción de versiones que no tendrían siquiera la posibilidad por sí solas de incorporarse legalmente al proceso por no tratarse de las excepciones específicamente señaladas en el artículo 334 referido. La oralidad, ha sido considerada doctrinariamente como un instrumento facilitador para dar vida y hacer efectivos principios propios del proceso penal, tales como la inmediación, contradictorio, concentración y continuación, publicidad, identidad física del juez, libre valoración de la prueba o sana crítica, fundamento de la decisión judicial, y averiguación de la verdad real,[...] de allí que resulta desacertado pretender asimilar dichas versiones a declaraciones testimoniales que sí han cumplido con las exigencias y formalidades que establece la normativa procesal y que han sido valoradas teniendo como plataforma los principios y garantías que se obtienen gracias a la oralidad.

(S 525-06 de las 9:05 hrs. del 07-06-06 de la STC).

La Sala Tercera se ha pronunciado en el sentido de que el anticipo jurisdiccional constituye una prueba legítima, admitida por el legislador como una excepción al principio de oralidad que se introduce a nuestro sistema procesal como una modalidad a través de la cual se intenta asegurar elementos probatorios que, por su naturaleza o bien por algunas circunstancias especiales, no pueden repetirse, realizarse o ser recibidos durante la fase de debate.

Ejemplo de este tipo de situaciones se presenta en forma específica a nivel testimonial, cuando precisamente la persona que debe rendir su declaración no lo podrá hacer en el momento antes señalado, pues no va a estar en el país, sus condiciones de salud hacen suponer que no soportará llegar con vida al juicio, o bien, por la complejidad del asunto que se va a tratar, muchos de los aspectos que conoce pueden ser olvidados o confundidos con el pasar del tiempo.

La realización de este tipo de actuaciones no es entonces antojadiza, sino que responde a una necesidad real y, por supuesto, para poder aceptar evacuar prueba bajo esta modalidad, el juzgador que así lo ordene debe tener presente las condiciones y requisitos que están previstos en la ley para ello (artículo 293 C .P.P.), sin olvidar por supuesto que, por la trascendencia del acto, debe procurarse la participación de todas las partes en el mismo (salvo los casos de urgencia, artículo 294 ibídem), para que estas puedan presenciar, analizar, cuestionar o impugnar todo aquello que estimen pertinente.

Ahora bien, por tratarse de una diligencia probatoria que en principio corresponde ser evacuada en juicio, su realización debe ser desarrollada de la forma que más corresponda a los principios y características que informan dicho momento procesal, ya que su resultado será incorporado directamente al debate, según lo que se establece en el numeral 334, inciso 1º de la normativa de cita. Es decir, las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no solo han sido controladas por un juez, sino también por todas las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que deberían haberse producido en dicha fase.

Bajo esta tesitura, si durante la evacuación de la prueba testimonial, la persona identifica a uno o a varios de los imputados como los responsables del hecho, dicha identificación tendría que ser valorada por los juzgadores como si la misma se hubiera suscitado en debate, es decir, como un elemento de juicio más que, unido a otros, deben ser ponderados en el esclarecimiento de los hechos.

(S 1339-00 de las 15:45 hrs. del 16-11-00; 472-03, de las 15:16 hrs. del 09-06-03; 671-03 de las 9:40 hrs. del 07-08-03; 221-04 de las 10:30 hrs. del 12-03-04; 483-01 de las 9:15 hrs. del 25-05-01; 455-04 de las 13:00 hrs. del 07-05-04; 267-02 de las 15:40 hrs del 21-03-02; 241-06 de las 15:10 hrs. del 27-03-06, todas de la STC).

Se ha establecido que si las circunstancias que dieron origen a que se realizara el anticipo jurisdiccional han desaparecido al momento de la realización del juicio oral, dicha prueba no puede ser incorporada al debate:

[...] al relacionar los artículos 327 y 334 del Código Procesal Penal se logra comprender que la prueba testimonial anticipada pierde todo sentido si (como ocurrió en este caso) para el momento en que se celebró la audiencia oral del debate el deponente se hallaba presente y en plenas condiciones de prestar declaración, la que en efecto rindió frente al Tribunal y las partes conforme a los principios de oralidad, inmediación, contradictorio, publicidad, concentración y continuidad. Es claro que dentro de un sistema procesal penal de corte marcadamente acusatorio como el vigente en nuestro país a partir de 1998, dicha declaración oral rendida durante el debate (fase plenaria y esencial del proceso) sería el elemento probatorio determinante y decisivo para la adecuada resolución del asunto. Si bien la jurisprudencia de esta Sala

había mantenido el criterio de que resultaba legítima la incorporación al juicio de la diligencia de anticipo jurisdiccional de prueba, aún y cuando el testigo que depuso en virtud de ese trámite se haya presentado y declarado en el debate, es decir, cuando las razones que en su momento justificaron la práctica de esta prueba hubieran desaparecido o variado (cfr. entre otros los votos N° 1339-00 de las 15:45 horas del 16 de noviembre de 2000; N° 483-2001 de las 09:15 horas del 25 de mayo de 2001; N° 472-2003 de las 15:16 horas del 9 de junio de 2003), debe dejarse bien en claro que tal tesis ha sido variada, en el sentido de que: “[...] Como excepción a la regla de que las pruebas a considerar deben ser producidas en juicio, el anticipo pierde sentido si las causas que motivaron su realización no están presentes cuando el juicio se materializa, es decir, no puede utilizarse válidamente la prueba anticipada si su justificación no está presente para la audiencia y es posible entonces, su producción directa en el juicio; iv) dependerá de la naturaleza del peligro que corre la prueba, según las causas que justificaron su recepción anticipada, la posibilidad de incorporar en conjunto, tanto el anticipo como la recepción directa en debate pero, en todo caso, **esta posibilidad debe ser interpretada restrictivamente** . Así por ejemplo, es claro que si se autoriza el anticipo ante el temor de que un testigo olvide detalles esenciales por el paso del tiempo, es razonable concluir que no estamos previendo de antemano que el testigo no se va a presentar a juicio, sino que el peligro que existe es en cuanto a la calidad de su aporte para ese momento , de modo que este es un supuesto en que podrá ser utilizado válidamente el anticipo pese a la recepción directa de la prueba en debate, es más, esa sería su razón fundamental, pues incluso es el único caso en que el anticipo no podría realizarse omitiendo las citaciones previas, por expresa disposición del artículo 294 in fine del Código Procesal Penal (en adelante CPP), lo que refuerza aún más la conclusión de que se parte de la coexistencia de ambas pruebas en debate y además, de que **es un supuesto excepcional** . No sucede lo mismo cuando el anticipo se deba a la presunción de que el testigo no estará en el país o no será localizado, porque si ambos obstáculos se superan para la audiencia, entonces el testigo se recibirá directamente y el anticipo no puede ser válidamente utilizado, porque no hay justificación para ser introducido al debate [...] El anticipo responde a supuestos de necesidades procesales y también de inspiración constitucional

que merecen ser tuteladas, según se analizó, no obstante **es una excepción, que requiere de una interpretación restrictiva** porque significa introducir una prueba -en el caso de la prueba oral fundamentalmente- que no fue recibida por quien va a juzgar y es entonces una excepción calificada a la garantía de la inmediación que asegura al acusado que lo juzgarán los Jueces que recibieron directamente la prueba, que dentro de ese marco deberán valorarla y razonar el valor que le den, plasmar sus fundamentos y permitir su control por las partes y la sociedad en general. **Desde ese punto de vista, habrá que interpretar restrictivamente las circunstancias con fundamento en las cuales se pretenda introducir la prueba anticipada al debate cuando han desaparecido para esa etapa procesal los supuestos que la autorizaron en su momento, para concluir en que esta posibilidad, esta excluida**. Con independencia de que se trate de una prueba legalmente producida, es decir, que se hayan cumplido todas las formalidades y requisitos del numeral 293 citado, no debe olvidarse que el cumplimiento de tales prerrogativas **únicamente aseguran su posibilidad de incorporación cuando se den en debate los presupuestos para ello y no en todos los casos**, es decir, no debe partirse de que por el hecho de haberse respetado los procedimientos para producir la prueba anticipada, ésta forme de por sí parte del material del juicio porque sólo podría ser válidamente introducida en tanto se mantengan los presupuestos que en su momento o para el debate la autorizaron, y que entonces sea una prueba que sustituya a aquella que no pueda ser recibida en el juicio o que, en el único supuesto analizado, sea necesaria para complementar los datos que el testigo pudo haber olvidado [...]” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 455-04 de las 13:00 horas del 7 de mayo de 2004). Como se colige de lo anterior, debe comprenderse que la diligencia de anticipo jurisdiccional de prueba reviste un carácter excepcional dentro del proceso, que responde a modernos principios de naturaleza acusatoria que se verían por completo desdibujados si se incorporara sin ningún tipo de restricción una declaración escrita por encima de aquella recibida oralmente en juicio, máxime cuando (conforme lo pretende el aquí recurrente) el propósito que con ello se busque sea desacreditar o descalificar la declaración rendida en la audiencia del contradictorio. Al respecto no debe perderse de vista que dentro de dicha perspectiva la declaración

oral es la que debe prevalecer sobre la escrita, siempre que ello sea posible, de tal modo que si las razones que en su momento justificaron el trámite abreviado, aún se mantienen para el día en que se celebrará el debate, sí resulta procedente su incorporación. Por el contrario, no existiría razón o justificación alguna para que, habiendo desaparecido o variado las circunstancias que hicieron legítima la práctica de ese trámite especial, sea utilizada sin limitación alguna la declaración escrita a fin de desmerecer o criticar la oral.

(S 405-06 de las 11:10 hrs. del 05-05-06 de la STC).

3.7.3 La intermediación

Se refiere al conocimiento directo de la prueba, el medio probatorio como objeto de conocimiento y las partes del proceso como sujetos cognoscentes, enfrentadas sin obstáculos que impidan la apreciación personal por el interesado.

Puede apreciarse, desde dos ángulos, la intermediación subjetiva o formal que exige que el tribunal que va a dictar sentencia tome conocimiento directo y, en consecuencia, se forme así su convicción del material probatorio que ha sido reproducido en su presencia, junto con los demás sujetos del proceso y la intermediación objetiva o material, según la cual el tribunal debe obtener el conocimiento y formar su convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho que se va a probar entre los medios concurrentes¹²².

En ambos casos, la oralidad es el instrumento que mejor se adapta para conseguir la intermediación, dado que se obliga a todas las partes, al juez y al fiscal, a estar presentes en el juicio y a recibir en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los elementos de prueba aceptados en el juicio.

122 Castillo González, Francisco El principio de intermediación en el proceso penal costarricense. En Revista Judicial número 29, junio de 1984, pp. 17-22, citado por González Álvarez, Daniel. En: "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal". Texto de la Conferencia impartida en el Seminario Internacional sobre Oralidad, Santiago de Chile, junio de 1995. Antología de la oralidad en los procesos judiciales, compilada por Gabriela Jara, Escuela Judicial, 1999, p. 51.

Además, la comparación y el análisis de la prueba se facilitan cuando los elementos de prueba son recibidos por todos los sujetos del proceso, de manera concentrada y continua, como se realiza en el juicio oral¹²³.

Este principio está previsto en el artículo 328 del CPP, el cual dispone:

ARTICULO 328.- Inmediación

El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes.

El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por el defensor. Sólo en caso de que la acusación sea ampliada, quien presida la audiencia lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda.

Si su presencia es necesaria para practicar algún acto o reconocimiento, podrá ser compelido a comparecer a la audiencia por la fuerza pública.

Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella, se considerará abandonada la defensa y corresponderá su reemplazo.

Si el tercero civilmente demandado no comparece al debate o se aleja de la audiencia, el juicio proseguirá como si estuviera presente.

Conforme puede apreciarse, todas las partes necesariamente deben estar presentes durante el desarrollo del juicio, con excepción del imputado que, en determinados casos, puede hacerse representar por su defensor. Se afirma que la inmediación no necesariamente debe ser absoluta, dado que aún en el juicio oral es posible que se introduzcan elementos de prueba por lectura o exhibición, tales como: fotografías, cintas magnetofónicas, videocintas, dictámenes periciales y determinadas actas y documentos.

Se ha resuelto que

[...] Aspectos tales como la forma de declarar de un testigo, el lenguaje de sus gestos, la elocuencia de su dicho, o bien, dónde dirige su mirada, son algunos de los componentes que puede y debe apreciar el juzgador cuando tiene de frente un testigo. Un sistema penal como el vigente en el

123 González. *La oralidad...*, óp. cit., p. 51.

que la oralidad ha sido considerada como: “[...] un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal” [...] obliga al juzgador a hacer uso de esos mecanismos con el fin de medir de una mejor forma la credibilidad o sinceridad de un testigo, todo lo cual contribuye a hacer efectivos principios y garantías del proceso penal como resultan ser—entre otros— la inmediación y la libre valoración de la prueba. Por estas razones se ha sostenido que la oralidad está íntimamente ligada a la inmediación, pues no es suficiente con oír al deponente, debe verse cómo camina hacia la barra, cómo rinde el juramento, cómo se identifica y cómo habla; además debe el juzgador estar atento a sus gestos y movimientos, permitiendo inclusive la demostración corporal y el desenvolvimiento espacial. Ese contacto deja apreciar y otorgar crédito o desconfianza al testigo, imposible durante el juicio escrito. Claro está, que lo percibido en el juicio oral, deberá ser analizado en forma conjunta con el dicho del testigo propiamente, pues su versión, en definitiva, no escapa del análisis que debe realizarse conforme a las reglas del correcto entendimiento humano.

(S 1271-05 de las 9:30 hrs. del 14-11-05 de la STC. En el mismo sentido, 873-05 de las 9:30 hrs. del 12-08-05 de la misma sala).

Se ha establecido que es posible la realización de audiencias acudiendo al sistema de videoconferencia, dado que se trata de una herramienta tecnológica que salvaguarda el principio de inmediación que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y garantiza la vigencia del contradictorio, por lo que su utilización no menoscaba las garantías de las partes en el proceso¹²⁴.

124 Resulta evidente que la videoconferencia es un método que salvaguarda el principio de inmediación que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y garantiza la vigencia del contradictorio, e igualmente resulta compatible con el principio de oralidad. Por todas esas razones estima esta Sala que su utilización no implica menoscabo alguno para las garantías procesales que protegen al imputado y, en ese sentido, se trata de una herramienta cuyo uso no le causa agravio. En consecuencia, la videoconferencia es una forma lícita para recibir declaraciones en juicio y, por ello, su implementación en los casos en que resulte oportuno (como el presente, en que la testigo residía en los Estados Unidos de América) se ve amparada por el principio de libertad probatoria. Cabe agregar que el artículo 234 del Código Procesal Penal permite la videoconferencia como herramienta para recibir una declaración, pues, como ya se indicó, su uso no conlleva la eliminación de garantías o facultades de las partes, ni mucho menos afectan el sistema institucional. Igualmente, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la utilización de estas herramientas tecnológicas para la transmisión de actos judiciales, de manera que la recepción de un testimonio puede perfectamente realizarse a través de medios como el que aquí interesa.

3.7.4 La publicidad

Tiene que ver con la posibilidad para cualquier ciudadano de presenciar la audiencia, escuchar y observar la prueba para formarse su propio criterio.

En un sistema democrático, se requiere que la justicia penal se administre de frente a la comunidad, que los ciudadanos puedan apreciar la manera en que los jueces ejercen su función, evitando o al menos poniendo en evidencia y criticando excesos, abusos o impunidad. Esta es la faceta más importante de la publicidad: el control popular sobre la Administración de Justicia.

Si se le ha conferido tanto poder sobre las personas, al punto de que puedan restringir su libertad, el pueblo debe poder ejercer un control sobre esto. Por eso se afirma que los jueces deben dictar las sentencias de cara al pueblo, para que los ciudadanos puedan controlar y vigilar la facultad que les confirió. De manera entonces que la publicidad del juicio es el principio que asegura el control ciudadano sobre la justicia y el derecho del acusado de ser sometido a una pena solo en el caso de que se demuestre su culpabilidad.

Además, la publicidad del juicio se relaciona con una de las funciones propias de la justicia penal que es la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social. La publicidad del juicio propicia que las decisiones de los tribunales sean decisiones transparentes que cumplan con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y, desde ese punto de vista, también se cumple con la función preventiva ligada a los fines de la pena y al fundamento del castigo. Este principio está contemplado en diversos instrumentos de derecho internacional¹²⁵.

125 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.5, en cuanto dispone que el juicio debe ser público; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1 que indica que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en el párrafo segundo del artículo XXVI prevé que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes.

El artículo 330 del CPP señala:

El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver por auto fundado y aún de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando:

- a) Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.
- b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia.
- c) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.
- d) Esté previsto en una norma específica.
- e) Se reciba declaración a una persona y el tribunal considera inconveniente la publicidad; particularmente si se trata de delitos sexuales o declaraciones de menores.

Desaparecida la causa, ingresará nuevamente el público y quien presida la audiencia relatará brevemente lo sucedido, si así lo dispone el tribunal.

El tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron.

De lo ocurrido se dejará constancia en el acta del debate.

En un caso donde se alegó violación al derecho a la intimidad, por escucharse en debate los casetes que contenían intervenciones telefónicas, la STC indicó:

[...] Sobre la reproducción de las grabaciones en forma pública, debe señalarse que uno de los principios esenciales en que se sustenta el proceso penal moderno es la publicidad, contenido en el artículo 326 del Código Procesal Penal; mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden controlar la forma en que se administra justicia. La publicidad no es de naturaleza absoluta, sino que tiene algunas excepciones que vienen expresamente establecidas en el artículo 330 del Código Procesal Penal, y se refieren a aquellos casos en que se afecte la vida privada o integridad física de las personas, cuando se afecte la seguridad del Estado o peligre un secreto oficial, cuando se deba recibir a una persona y que el tribunal considere inconveniente la publicidad, o bien cuando alguna ley así lo disponga, como es el caso de los debates en materia penal juvenil. Dicho esto, debe afirmarse que la regla del juicio

es la publicidad y el artículo citado establece como facultad del tribunal el restringirla en forma excepcional cuando concurren esos supuestos, por lo que si las escuchas telefónicas fueron reproducidas en juicio, es porque no concurría ninguno de los parámetros de excepción sin que ello permita calificar de ilegítima esa prueba. La recepción pública de dicha prueba no vulnera el derecho fundamental a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones, toda vez que por tratarse de un hecho delictivo relativo al tráfico de drogas, el artículo 24 de la Constitución Política y la Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e intervención de las Comunicaciones (N° 7425 de 9 de agosto de 1994) restringen el ejercicio de ese derecho, permitiendo a las autoridades imponerse del contenido y desde luego, ser utilizadas en juicio público como parte del material probatorio.

(S 779-03 de las 8:55 hrs. del 11-09-03 de la STC).

En cuanto al acceso de los medios de prensa al debate, se debe garantizar el derecho a la información y a la libertad de prensa, como valores esenciales de los ciudadanos. La libertad de prensa, entendida en sus tres facetas más importantes: libertad de imprimir o publicar, libertad de expresión y libertad de información, constituye uno de los valores fundamentales para la plena vigencia de la democracia. Sin embargo, la publicidad del proceso no implica un irrestricto acceso a los medios de comunicación colectiva en estrados judiciales.

El artículo 331 refiere que para informar al público lo que suceda en la sala de debates, las empresas de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros, y el tribunal debe señalar en cada caso las condiciones en que se ejercerán esas facultades.

No obstante, también el tribunal podrá por resolución fundada prohibir esa instalación cuando perjudique el desarrollo del debate¹²⁶ o afecte alguno de los intereses que se tutelan en el artículo 330 (pudor, vida privada, integridad física, interés del menor).

126 *En determinados casos la prensa se ha convertido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de los debates, cuando quienes se dedican a este oficio –como reporteros, camarógrafos y otro– constantemente irrumpen en el recinto del tribunal e instalan cámaras, caminan entre los abogados y el estrado, sin importar el trabajo de los operadores del derecho”. Dall’Anese, óp. cit., p. 660.*

Además, si el imputado, la víctima o alguna otra persona que deban rendir declaración solicitan expresamente que no se graben su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos.

Sobre la posibilidad de limitar el acceso de la prensa al debate, la Sala Constitucional resolvió un hábeas corpus interpuesto por la defensa, donde se alega que el tribunal impidió la transmisión por radio y televisión de la recepción de una prueba contenida en un videocasete, lo cual estima una grave violación al derecho de defensa de sus clientes, por haberse quebrantado la publicidad del juicio. En lo que interesa, se indicó:

El hecho de que el debate deba ser oral y público, bajo pena de nulidad, según lo dispone como un principio general el numeral 359 del Código de Procedimientos Penales, no implica, ni garantiza –en un sentido lato– la publicidad de éste en los distintos medios de comunicación, pues el principio de publicidad en los términos del citado artículo, consiste en la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, que no esté vinculado de una manera u otra al proceso, de estar presente en los actos procesales para los cuales el legislador no haya dispuesto el secreto, ni restringe el conocimiento de ellos a un grupo reducido de personas, la publicidad sólo garantiza que el debate sea presenciado por un número razonable de personas, conforme a la cabida que tenga el local en que el mismo se desarrolla, de manera que, las determinaciones que tome el juzgador, en un sentido u otro, respecto a la difusión pública del debate, no están previstas por la norma mencionada, ni atenta contra el debido proceso el hecho de que se impida la transmisión –ya sea en directo o diferido– por los medios de información colectiva de lo que acontece en la Sala de debate. Es al propio juez a quien corresponderá, con arreglo a los intereses de las partes, decidir en que casos resulta apropiada esa transmisión y en cuales no, sin que su negativa implique una violación –como ya se apuntó– al principio de defensa, ni al del debido proceso, como se acusa.

(S 5053-93 de las 15:48 hrs. del 13-10-93 de la SC).

3.7.5 El contradictorio

El contradictorio atañe al enfrentamiento de las partes en el proceso; implica un choque de intereses sustentados en ideas opuestas, de modo que el razonamiento de cada uno se dirigirá a convencer acerca de la debilidad de la tesis de la contraparte y de la fortaleza de la propia.

Se requieren conocer el razonamiento del contrario y las pruebas que lo fundamentan, pues solo de este modo es posible rebatir u oponerse adecuadamente. Por eso, es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción, haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones y vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso y apreciando cómo las demás partes realizan esa misma función.

Igualmente, debe garantizarse que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones. Se debe garantizar además que se puedan escuchar de viva voz los argumentos de la parte contraria para apoyarlos o rebatirlos.

3.7.6 Concentración y continuidad

La continuidad del juicio atiende al hecho de que el debate debe ser continuo hasta su finalización con el dictado de la sentencia, y pretende evitar el olvido por parte de los juzgadores. Es una forma de proteger los resultados de la oralidad, inmediación y contradictoriedad.

La concentración, por su parte, es la posibilidad que otorgan la inmediación y la oralidad de que los medios de prueba se reciban en una misma oportunidad, sean escuchados sin interrupciones, adquiriendo una mayor capacidad probatoria y permitiendo que puedan ser controlados con mayor eficacia por los distintos sujetos procesales. Se trata de un determinado modo de permitir que la información ingrese al juicio penal¹²⁷.

127 Binder, óp. cit. p. 103.

El artículo 336 del CPP señala:

La audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero, se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, en los casos siguientes:

- a) Cuando deba resolverse alguna gestión que, por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente.
- b) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- c) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública.
- d) Si algún juez, fiscal o defensor se enferma hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se haya constituido, desde la iniciación de la audiencia, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes integren el tribunal y permitan la continuación de la vista.
- e) Cuando se compruebe, con dictamen médico forense, que el imputado se encuentra en la situación prevista en el inciso anterior. En este caso, podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados.
- f) Si alguna revelación o retractación inesperada produce alteraciones sustanciales en la causa, lo cual hace indispensable una prueba extraordinaria.
- g) Cuando el imputado o su defensor lo soliciten después de ampliada la acusación o la querella, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

También la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que los plazos de suspensión del debate no son acumulativos:

[...] La suspensión del debate, en resguardo de la inmediación y continuidad, no puede superar el término de diez días cada vez que es decretada; esto es, los diez días comienzan a correr en cada una de las oportunidades en que se decreta la suspensión, de modo que no son acumulativos y la suma de las distintas suspensiones puede superar los diez días.

(S 1312-04 de las 11.10 hrs. del 12-11-04 de la STC. En el mismo sentido, 1136-98 de la STC y 483-03 de las 14.53 hrs. del 29-05-03).

El artículo 337 dispone que el tribunal decida la suspensión y anuncie el día y la hora de la nueva audiencia, lo que valdrá como citación para todos los comparecientes. El juicio continuará después del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Asimismo, establece que los jueces, fiscales y defensores pueden intervenir en otros juicios durante el plazo de la suspensión.

Sobre el tema de la suspensión del debate y la posibilidad de los jueces, fiscales y defensores para intervenir en otros juicios durante el plazo de la suspensión, resulta importante transcribir la siguiente sentencia de la STC, donde se aclara un pronunciamiento anterior (878-05) que provocó que en algún momento se pensara que eso no era del todo posible:

[...] la situación que la Sala observó en el juicio celebrado contra los hermanos M.M. y que dio pie a que, acogiendo las protestas de los recurrentes, se anulara lo resuelto, es por completo distinta a la que se aprecia en el presente caso. Tal y como se expuso en el Considerando IX del fallo 878-05 de cita, el debate anulado se caracterizó porque sus suspensiones (injustificadas) constituyeron la regla y solo por excepción hubo alguna continuidad. Reiteradamente destacó la Sala que, en ese caso, el Tribunal juzgador manejó las suspensiones del juicio de una forma que excede todo marco de lo razonable, al extremo de que prácticamente cada semana (y en ocasiones en menos tiempo y hasta diariamente) se suspendió el debate para que los Jueces participaran en otros juicios o atendieran otros asuntos “del despacho”. Además, los recurrentes expresamente señalaron que dicho proceder tuvo una inci-

dencia efectiva en el fallo, la cual se manifestó en groseros errores en la valoración de las pruebas, en la determinación del pretendido perjuicio y en los montos que según los Jueces debían indemnizarse. En el presente caso, amén de que el defensor público no se ocupa de sugerir ningún agravio, sino que se limita a enlistar las ocasiones en que se suspendió el debate, el examen de las actas que lo registran evidencia sin ningún género de duda que el Tribunal se dedicó de forma continua a la celebración del juicio, día tras día, en audiencias consecutivas durante seis meses y que las suspensiones acordadas y la intervención de los Jueces en otros debates (aunque no la avale la Sala) fue por completo excepcional, de manera que no resultan aplicables aquí las consideraciones hechas en torno a lo sucedido en el caso de los hermanos M.M., donde, como se dijo, el manejo de la agenda excedió todo parámetro de razonabilidad y la continuidad de las audiencias fue, antes que la regla, la excepción. Analizando las suspensiones que menciona el [defensor público] observa la Sala que su alegato de que la fase de incorporación de la prueba concluyó el 7 de julio de 2003, el Tribunal suspendió hasta el 14 de julio para que las partes emitieran sus conclusiones y luego, el 15 de julio, celebró otro juicio distinto (es decir, según se sugiere, cuando los juzgadores se hallaban en plena deliberación), no corresponde a la realidad. Lo cierto es que la suspensión ordenada entre los días 7 y 14 de julio obedeció a la solicitud de las propias partes (incluido el licenciado T.O.), quienes manifestaron requerir ese lapso para preparar sus conclusiones. Tomando en cuenta la complejidad del asunto y la variedad de pruebas evacuadas, el Tribunal accedió a la petición y en esto no se observa arbitrariedad alguna, pues se trata de una necesidad surgida del propio juicio. Al contrario, si el a quo no hubiese accedido a la suspensión solicitada y hubiera conminado a las partes a iniciar sus conclusiones de una vez, sí podría estarse en presencia de un defecto, por atentarse gravemente contra el derecho de defensa, que demanda la concesión de las condiciones adecuadas en que pueda ser ejercido, máxime, se reitera, en un asunto cuya complejidad exigía un tiempo prudente para dedicarlo a la reflexión y al recuento de las numerosas probanzas que se evacuaron. Pero, además, no es cierto que el a quo celebrara otro juicio mientras deliberaba (como lo insinúa veladamente el defensor), sino que el debate continuó hasta el 22 de julio, día en que finalmente concluyó. Las suspensiones acordadas el 18 de marzo y el 10 de abril de 2003 tuvieron plena justificación, ya que se originaron en

la necesidad de conceder diez días hábiles a la defensa de M.M.M. (que en ese momento era enjuiciado junto con D.B.H., hasta que el Tribunal decidió separar la causa y continuar el debate solo contra el último), en virtud de que el defensor particular que lo asistía lo abandonó. Aquí, de nuevo, se trata de circunstancias propias del debate que obligaban a suspenderlo para tutelar el derecho a la defensa efectiva que asumieron defensores públicos. Por esta razón, ningún obstáculo tenía el a quo para celebrar otro juicio el 27 de marzo de 2003, dentro del término de la suspensión acordada y conforme lo establece el artículo 336 del Código Procesal Penal. Desde luego, no ve la Sala ninguna irregularidad en el hecho de que se convocara a la continuación para el 1 de abril, en vez del 2 de abril que originalmente había indicado el Tribunal (en virtud de un error de cómputo de los diez días hábiles concedidos a la defensa); lo irregular sería que se hubiera extendido el plazo y no disminuido, como ocurrió. En cuanto a la intervención de la Jueza A.U. como defensora de un pariente suyo en un juicio celebrado el 5 de febrero de 2003, ha de señalarse, en primer término, que el debate contra D.B.H. recién se había iniciado (el 3 de febrero) con la lectura de la acusación fiscal y no se había evacuado prueba de ninguna naturaleza, por lo que no se observa que la suspensión acordada significara un compromiso serio de los principios de continuidad y concentración y, en segundo lugar, el motivo que el Tribunal expuso para suspender el juicio no puede calificarse de irrazonable. Por último, el hecho de que los Jueces o algunos de ellos intervinieran celebrando otros debates y dictando sentencias (en seis expedientes, según indica el defensor) durante el transcurso del juicio que aquí se examina y antes de su conclusión, tampoco corresponde a lo que la Sala señaló en el fallo No. 878-05, donde, como se dijo antes, este tipo de situaciones se produjo con una frecuencia tal que desbordó todo marco de razonabilidad, al extremo de que a veces diariamente se suspendió el debate porque el Tribunal debía realizar otros juicios en causas con reo preso o porque estaban próximas a prescribir o realizar audiencias de conciliación, según indicaron, amén de que concurrió otra distorsión de gran importancia, ocasionada por las vacaciones de fin y principio de año, lo que ya, de por sí, introdujo otro factor que, aunado a las constantes suspensiones, hizo que se perdiera todo contacto racionalmente esperable con el tema del juicio y con las probanzas en él

evacuadas. En el presente caso no ocurrieron esas situaciones, la intervención de los Jueces en otros procesos fue por completo excepcional y la regla, conforme lo demuestra el examen de las actas del debate, fue que el juicio transcurriera normalmente en audiencias consecutivas hasta su finalización. Así las cosas, se desestima la protesta.

(S1444-05 de las 14:15 hrs. del 14-12-05 de la STC).

Como se desprende de lo anterior, no significa que no se pueda participar en otras audiencias o diligencias, incluyendo debates, durante la suspensión, lo que no se puede es suspender el debate para realizar otros asuntos que no tengan que ver con su efectiva prosecución. En cambio, si la suspensión se decreta con base en alguna de las causales que permite el código, nada obsta para que el tribunal o los jueces por separado se aboquen al conocimiento de otros asuntos ínterin, dado que el mismo artículo 337 lo permite.

El tribunal de casación penal, citando una jurisprudencia de la Sala Tercera que, como puede verse, fue superada, aduce que durante las suspensiones pueden conocerse asuntos interlocutorios que no impliquen un disgregamiento de la reflexión y atención necesaria que demanda un proceso de razonamiento como es la conformación del fallo, no así otros juicios orales. (S 298-05 de las 10:20 hrs. del 19-04-05 del TCP).

En cuanto a la falta de lectura de la sentencia en la fecha señalada, tanto la Sala Tercera de la Corte como el Tribunal de Casación Penal han establecido que se presenta una violación a los principios de continuidad e inmediación que provoca la nulidad del debate y la sentencia¹²⁸.

-
- 128 “[...] el párrafo cuarto del artículo 364 del Código Procesal Penal es muy claro al establecer que, si bien la redacción de la sentencia se puede diferir en casos de suma complejidad o por lo avanzado de la hora, el plazo máximo que se otorga para ello nunca puede superar los cinco días desde que se dictó la parte dispositiva. De incumplirse con esta disposición, lo que se impone es la nulidad de lo resuelto, dado que su inobservancia conlleva un quebranto a los principios de continuidad e inmediación que también caracterizan esta última fase del proceso, y no solo el contradictorio o debate. Con esta disposición lo que se busca evitar es que se borren u olviden los diferentes aspectos o temas que fueron discutidos durante el debate, cuando el Tribunal procede a la delicada tarea de redactar el fallo, tal y como lo ha resuelto esta Cámara ya en varias oportunidades. Al respecto, pueden verse, por ejemplo, entre otros, los votos: **No. 604** de las 9:35 horas del 17 de agosto del año 2001, **No. 697** de las 11:10 horas del 5 de setiembre del año 2002, y el **No. 612** de las 10:05 horas del 30 de junio del año 2005. [...] En el presente asunto, para la notificación integral del fallo el juzgador de instancia señaló el sexto día siguiente al de la lectura de la parte dispositiva, superando con ello el término legal de cinco días, en quebranto directo de la inmediación y del debido proceso. Con posterioridad, un día antes de rebasar el tiempo de ley, el Juez redactó y firmó la sentencia según se desprende de la constancia de fl 92 vto., pero dispuso la notificación escrita, creando un procedimiento no previsto en los preceptos legales -irregular, como lo indica el citado fallo de la Corte Suprema emitido a través de la Sala III-; esto es, la notificación escrita ordenada por auto de las 11:20 hrs. del 30 de octubre de 2.001, no subsana el vicio apuntado, de donde la sentencia impugnada deviene nula así como el debate que la originó. De cualquier modo, la notificación por lectura está ordenada por el § 364 in fine del C.p.p., regulador de la redacción y lectura de la sentencia, y cualquier violación de los cánones establecidos en ese texto genera la nulidad de lo resuelto en instancia -según lo manda el § 369.g del mismo cuerpo legal-. Lo establece así y no puede ser de otra forma, porque la transparencia de la función pública hace que lo dispuesto por el tribunal de cara a las partes, no pueda ser unilateralmente variado o modificado; se hubiera subsanado el defecto si el juzgador hubiese modificado el señalamiento para la lectura integral de fallo, con notificación a todas las partes, pero no fue así por lo que sobreviene la nulidad de la sentencia.”. Expuesto lo anterior, y como bien lo señala el representante del Ministerio Público, en este caso resulta evidente que la autoridad juzgadora incumplió con la obligación de redactar y leer en tiempo el pronunciamiento emitido, pues, a pesar de que señaló las 16:30 horas del 14 de febrero del año en curso para su notificación mediante lectura integral (según se aprecia a folio a 134 vto.), no lo hizo. En este sentido, no obstante que el licenciado F.W.A. se apersonó en dos ocasiones distintas a retirar copia de la decisión, luego de dicha fecha, específicamente en horas de la mañana de los días 16 y 17 de febrero del año en curso, la misma no estaba redactada (cf. folios 136 y 137). No es sino, como se indica en la constancia de folio 138, que al auxiliar judicial Guillermo F.M. se le entrega un diskette con la sentencia para que la imprima; dejándose claro además en esta constancia que el 14 de febrero no se realizó su lectura toda vez que no se había redactado”. (S 1027-06 de las 9,35 hrs. del 29-09-06 del TCP. En el mismo sentido, la S 1228-04 de las 10:00 hrs. del 26-11-04; 697-02 de las 11:10 hrs. del 05-09-02 del TCP; 121-05 de las 28-02-05; 148-04 de las 9.40 hrs. del 27-02-04; 1025-99: 145-00 todas de la STC).

CASOS RELACIONADOS CON LOS PRINCIPIOS DEL JUICIO ORAL

Síntesis del caso

El fiscal interpone un recurso de casación contra la sentencia que absolvió al imputado del delito de tentativa de robo agravado, por estimar que el tribunal incurrió en violación al debido proceso por irrespeto a la exigencia de la debida fundamentación de la sentencia y al principio de libertad probatoria, por cuanto

[...] el Tribunal de Juicio centra su conclusión para absolver al encartado de toda pena y responsabilidad, en que no se pudo interrogar al ofendido en la etapa de juicio, y que lo mismo impidió conocer de pormenores del evento investigado, dando para ello un único valor de “noticia criminis” a la denuncia formulada por el señor ofendido ante la Fiscalía [...].

Estima que si se hubiera valorado conforme a la sana crítica la denuncia impuesta por el agraviado, en conjunto con el informe policial y el acta de decomiso, se habría determinado con el grado de certeza necesaria la participación del imputado a título de autor en el ilícito atribuido.

¿Estima usted que se debió incorporar el contenido de la denuncia? ¿Qué valor debe conferirse a esa prueba?

Decisión del tribunal

No le asiste razón al recurrente: *Nuestro sistema penal privilegia el contradictorio, como el momento en que tienen su mayor expresión los principios de oralidad y de inmediación. La prueba se reproduce ante las partes, quienes interactúan y ejercen control activo sobre su recepción. En razón de ello, la incorporación de prueba al debate mediante lectura se dispone sólo por vía excepcional. El artículo 334 del Código Procesal Penal, establece en forma taxativa los supuestos en que es posible la introducción de elementos probatorios fuera del marco de la inmediación, los cuales –por estar así previsto– sí podrán ser valorados en sentencia, en conjunto con el resto de las probanzas. A dicho universo pertenece la denuncia (inciso b) ejúsdem), pero debe*

aclararse que por “denuncia” debe entenderse la “notitia criminis” que inicia la investigación (en este caso, el relato que realiza Sánchez Hidalgo ante los oficiales de la Fuerza Pública, que consta a folios 1 y 4). De manera tal que las posteriores manifestaciones realizadas por el agraviado ya sea en sede policial o ante el Ministerio Público (a las que pertenecería la manifestación consignada a folios 11 y 12), no tienen el carácter de “denuncia”, sino que forman parte de la labor investigativa del órgano requirente, dirigidas a clarificar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, razón por la cual no se encuentran incluidos dentro de los supuestos de excepción del numeral 334 de cita. [...] Por ello no lleva razón el representante del Ministerio Público al indicar que la manifestación que realizara el ofendido ante la fiscalía no fue valorada en su justa dimensión: Dicha declaración no sólo no constituye la “notitia criminis”, sino que tampoco se encuentra entre los casos excepcionales en los que es factible la incorporación por lectura. Así las cosas, el razonamiento del a quo en cuanto a que: “[...] no se podía proceder como lo pretendió el representante del Ministerio Público en sus conclusiones, quien pidió que con base en la denuncia interpuesta por el agraviado a las trece horas cuarenta y cinco minutos del 18 de junio de mil novecientos noventa y nueve (folio 11) y que fuera incorporada a la audiencia mediante lectura, se tuviera por demostrado el suceso [...]” (folio 129), responde a la correcta inteligencia de la norma, cuyo sentido no puede abstraerse del sistema de producción y valoración de la prueba que nos rige. Por otro lado, el único testigo que compareció a declarar en debate, señaló no poder recordar ningún detalle de lo acontecido (cfr. folio 128), consecuencia de lo cual, el cuadro fáctico acusado tampoco pudo acreditarse a través de elementos de convicción independientes al dicho de la víctima. Al no existir fundamento probatorio con base en el cual poder establecer válidamente y con el grado de certeza necesaria la dinámica de lo ocurrido, la única solución viable en atención al principio in dubio pro reo, era la emisión de sentencia absolutoria. Por lo indicado, la actuación del tribunal de mérito resulta ajustada a derecho.

(S 72-05 de las 8:55 hrs. del 11-02-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra el fallo que declaró a su representado autor responsable de dos delitos de violación y tres delitos de agresión con arma, cometidos en perjuicio material, por los que le impuso veinte años y seis meses de prisión.

Como motivo del recurso, la defensa alega violación a las reglas de la sana crítica con quebranto de los artículos 1, 142, 184, 361, 363, inciso b) y 369 inciso d) todos del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política.

Solicita que se case la sentencia y se ordene el reenvío de la presente causa al tribunal de origen para su nueva sustanciación, por cuanto el tribunal, en la sentencia cuestionada, desvirtuó la declaración de su defendido y de la testigo N.J.A.C, porque ambos se mostraron nerviosos y bajaban la mirada, y estos aspectos eran meramente subjetivos, de modo que no es posible inferir por vía de deducción que por esas circunstancias estuvieran mintiendo, constituyendo tan solo presunciones insuficientes para restarles crédito.

El tribunal desechó las declaraciones del enjuiciado y de su hermana N.J.A.C, fundamentalmente porque

[...] ambos se mostraron nerviosos, bajaron la mirada, incurrieron en las contradicciones apuntadas, y además, debe resaltarse aquí el lenguaje corporal de ambos, ya que bajar la mirada no es propio de la gente sincera, ya que no tiene nada que temer. Además, el imputado constantemente cruzaba sus brazos; aparte de bajarla, evadía la vista evitando el contacto directo y franco, su mirada, las pocas veces que la sostuvo, se veía avergonzada con relación a algunos temas, se mostró sumamente frío, lo que no guarda relación con la reacción normal de la persona que se ve injustamente acusada de hechos tan graves y pretendidamente falsos como, según él, son los que se le imputan. También, cuando su hermana N.declaró, R. se cubría constantemente la cara con la mano, a veces la escondía entre sus brazos, o simplemente bajaba la cara, para evitar la confrontación directa con el Tribunal o con su propia hermana, reacciones que solo se explican en personas que no solo están mintiendo sino que están poniendo a otros a no decir verdad. En suma el relato verbal de ambos incurre en grandes contradicciones,

no fueron claros, precisos, diáfanos, espontáneos, detallados, y el lenguaje para y extra verbal que utilizaron no fue el apropiado para el tipo de relato y sus circunstancias...” En relación con los testigos de cargo, el Tribunal señaló que le merecían credibilidad “[...] no solo por mostrarse tranquilos –dentro de lo que las circunstancias lo permiten–, claros, seguros, serios, detallados, espontáneos, sino que también sostenían la mirada en una actitud evidentemente franca y sincera, señal de que nada estaban ocultando [...].

¿Considera usted que resulta adecuada la motivación de la sentencia? ¿Pueden valorarse los gestos y actitudes de los deponentes en el debate?

Decisión del tribunal

El reclamo es de recibo: Por resultar de mayor trascendencia para el resultado de la causa, se avoca esta Sala al conocimiento del segundo motivo formulado. El principio de inmediación probatoria no inhibe al juzgador para que aplique las reglas de la sana crítica en la valoración de los elementos de prueba aportados [...] el razonamiento expresado por el Tribunal en el fallo que se reprocha, no constituye un soporte determinante y eficiente para la conclusión obtenida, en el tanto señalar que una persona que en debate evidencia nerviosismo, implica necesariamente que no está diciendo la verdad y que no es sincera, deviene en un argumento falaz, que contraviene los principios lógicos de derivación y congruencia, ya que, estimar adecuado un planteamiento como el elaborado por los juzgadores en la resolución combatida, obligaría a aceptar como lógico, que en el evento de que el ahora justiciable, al margen de las pruebas, se hubiese presentado ante los jueces con una personalidad fuerte, sin asomo de debilidad, mirándolos de frente sin titubeos, habría conseguido un resultado diferente, favorable a sus intereses, pues tal y como lo expresó el Tribunal, quien sostiene la mirada, “ello es sinónimo de una actitud evidentemente franca y sincera, señal de que no se está ocultando nada”, consideraciones eminentemente subjetivas, que no pueden sustituir el análisis probatorio, y que tan solo podrían ser consideradas como “indicios” que sugieren la posibilidad de un determinado hecho que se quiera demostrar, pero que por sí solas resultan insuficientes para tenerlo por debidamente acreditado, como lo pretendió establecer

el tribunal.” Dentro del lineamiento conclusivo expresado en este caso por la autoridad juzgadora, habría que considerar que si la ofendida J.M.L.-no hubiera llorado, como lo hizo, durante la audiencia oral, y por el contrario mantuviera una actitud de mayor frialdad, el Tribunal lo habría interpretado como una reacción “no esperable” en una víctima de este tipo de hechos ilícitos, incidiendo en el resultado de la causa, lo que evidencia un factor subjetivo dentro del planteamiento jurisdiccional elaborado que no puede ser acogido, por arbitrario e ilógico, contrario a las normas que informan el correcto entendimiento humano, en detrimento del imputado, vulnerando el debido proceso y por ende el principio constitucional de inocencia. Lo anterior no significa que los jueces, dentro de sus facultades derivadas del principio de inmediación probatoria, no puedan apreciar las actitudes, gestos, y en general, el lenguaje corporal expresado por las partes al declarar en la audiencia oral y pública, sin embargo, tales impresiones subjetivas deben ser el corolario que acredite la conclusión arribada por los juzgadores, con posterioridad al análisis de las pruebas, que necesariamente constituyen el soporte sustancial del fallo. En consecuencia, se anula la sentencia dictada y el debate que le dio origen y se ordena el reenvío de la causa para su nueva sustanciación.

(S 280-05 de las 8:45 hrs. del 15-04-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado formuló un recurso de casación a favor de su defendido, contra la sentencia que lo condenó a cinco años de prisión por el delito de robo agravado. En cuanto a los motivos por la forma, alegó inobservancia al precepto legal de la lectura integral de la sentencia. Por cuanto, la lectura de la parte dispositiva de la sentencia se realizó el 19 de abril de 2002, tras finalizar el debate, y se fijó para la lectura integral, las 16 horas del 26 de abril siguiente.

Afirmó que se presentó el día y hora establecidos para la diligencia, la cual no se efectuó sin que se le informaran las razones ni se dejara constancia en el expediente. Adujo que el 29 de abril se volvió a presentar y le informaron que la lectura no se hizo debido a problemas técnicos en la computadora, a pesar de lo

cual tampoco se dejó constancia alguna en la causa. No fue sino hasta el 2 de mayo, cuando se le entregó copia de la sentencia y se consignó la causa de la demora. Refirió que se violó el principio de inmediación.

- ¿Considera usted que la falta de lectura de la sentencia podría convalidarse?
¿Estima que el tribunal ha vulnerado algún derecho o garantía?

Decisión del tribunal

Se acoge el reclamo: En efecto, será motivo para interponer recurso de casación, la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y la redacción de la sentencia (artículo 369 inciso g) del Código Procesal Penal), porque afecta la inmediación y continuidad que deben regir en el juicio oral, fase esencial del proceso que se realizará en forma oral, pública, contradictoria y continua (artículo 326). El principio de inmediación se refiere a la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes (artículo 328). La continuidad será la actividad procesal sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias, hasta su final (numeral 336). Con la continuidad se pretende que lo que se ha fijado en la memoria de los jueces a través de la inmediación, no se pierda por el transcurso del tiempo y por dedicarse el Juzgador a otras diligencias que puedan interferir en la memoria. En un sistema acusatorio, con juicio oral, en el que no se registran en documento las declaraciones de testigos, peritos y acusados, por ser recibidos de viva voz cobran relevancia la forma de declarar, gestos, tono de voz, actitud y cualesquier detalle de importancia apreciado por los jueces durante el relato. Para que tales detalles, así como el contenido de las manifestaciones no se pierda, se requiere de la redacción pronta del fallo. Es por ello que la ley establece que inmediatamente después de cerrar el debate, los jueces se retirarán a deliberar, y de seguido, redactarán y firmarán la sentencia (artículos 360 y 364 CPP). Cuando lo avanzado de la hora o lo complejo del asunto lo ameriten, la redacción de la sentencia se podrá diferir hasta por cinco días (numeral 364 párrafo 4). En el caso bajo examen, se leyó la parte dispositiva del fallo el 19 de abril, y la lectura integral se programó para el 26 de ese mes, al finalizar el término de los 5 días (folio 116 vuelto). Sin embargo, para la fecha programada para la lectura del fallo completo, ésta no se cumplió, sin que se dejara constancia alguna del motivo. No es sino

hasta el 2 de mayo, casi una semana después, que se entrega copia del fallo al defensor, haciendo constar que no se pudo leer en la fecha estipulada, por problemas en la computadora (folio 118). Sin embargo, la falta no parece obedecer a un inconveniente en la lectura, sino más bien en la redacción de la resolución, puesto que no se notificó el día programado, pero tampoco los días siguientes, a pesar de que el defensor se presentó a retirar la sentencia, según indicó. Se observa que el Ministerio Público fue notificado hasta el 6 de mayo, fecha en que el expediente fue entregado al notificador (folio 139 vuelto). La tardanza en la confección del fallo evidentemente vulnera el principio de continuidad, pues demerita la fijación de lo acontecido en el debate, en todos sus detalles. Se observa que no se está ante un asunto complejo, que impidiera la redacción en el término establecido.

(S 148-04 de las 9:40 hrs. del 27-02-04 de la STC).

3.8 DERECHO A UNA SENTENCIA JUSTA

El derecho a una sentencia justa deriva del principio de justicia pronta y cumplida, previsto en el artículo 41 de la Constitución Política. Conforme se había señalado, este principio tiene que ver con la existencia y disponibilidad de un sistema de Administración de la Justicia y de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado –declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos–, lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación.

La sentencia es la resolución que pone fin al procedimiento, resolviendo sobre las pretensiones de fondo de las partes, es decir, acogiendo o rechazando la imputación:

*La sentencia es, por ello, la resolución judicial por excelencia; el punto culminante y la razón de ser del proceso, puesto que resuelve, con carácter definitivo, el conflicto planteado por las partes*¹²⁹.

Nos indica el doctor Wálter Antillón que la sentencia es la resolución que trasciende el marco del proceso para insertarse en la esfera de los intereses de la vida de las partes (morales, económicos, familiares, etc.). Por esto, su influencia en el destino de las personas implicadas y, en general, en toda la sociedad, es de gran relevancia.

En la sentencia se deben plasmar los razonamientos utilizados en la deliberación, al confrontar la hipótesis acusatoria con la prueba recibida e incorporada al debate. Así surge la importancia de que la sentencia judicial esté rodeada de formas que garanticen una decisión justa, máxime en el proceso penal, donde se encuentran en juego los bienes más preciados de las personas.

Los dos aspectos relevantes de la sentencia que deben contemplarse como garantía de las partes en el proceso y, por ello, como integrantes del debido proceso son: la motivación y la correlación entre acusación y sentencia.

3.8.1 Motivación de las sentencias

La exigencia de motivación de las sentencias deriva del principio del Estado democrático de derecho. Tiene como razón fundamental posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto para las partes involucradas en el caso como para el resto de la sociedad:

Si el tribunal explica las razones de su decisión es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de una pura arbitrariedad¹³⁰.

129 Antillón, Wálter, óp. cit., p. 337.

130 López Barja de Quiroga. La motivación de la sentencia penal. En: La Sentencia Penal, Mateu Cromo S.A., Madrid, 1992, p. 99.

Los autores José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez, en su obra “*Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*” se refieren a la doble función de la motivación jurídica en un Estado de derecho: la función jurídica y la función política:

Surge, entonces en la conformación del Estado de Derecho moderno, una doble función jurídica para la labor de fundamentar o motivar las decisiones judiciales. Por un lado es sin duda una tarea de naturaleza jurídica en la medida en que se trata de ponderar o valorar los elementos de prueba traídos al proceso, la adecuación o no de la plataforma fáctica establecida a las previsiones normativas, y el establecimiento de las consecuencias jurídicas del caso. Pero, por otra parte se trata también de una labor que atañe directamente a la legitimación política de las decisiones que se tomen, pues sólo en la medida en que los jueces y los funcionarios públicos en general, expresen las razones que han tenido para tomar una determinada resolución, de manera explícita y razonada, es que esas decisiones podrán adquirir la legitimidad indispensable para que el sistema político jurídico funcione, y se reproduzca adecuadamente, no sólo frente a las partes involucradas en el conflicto particular, sino también frente a la comunidad en su conjunto¹³¹.

La Sala Constitucional en reiterados fallos ha establecido el deber de la fundamentación de las sentencias, considerándola una parte esencial del debido proceso y del derecho de defensa:

La debida fundamentación de la sentencia es un aspecto integrante del debido proceso, según ya lo ha manifestado esta Sala en su jurisprudencia, desde el antecedente 1739-92. Al respecto esta Sala ha señalado: “[...] Por otra parte, el debido proceso garantiza también la obligación de fundamentar los pronunciamientos judiciales, lo que implica a su vez el derecho a una sentencia justa, que sea congruente, es decir con señalamiento de los medios de convicción en que se

131 Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, pp. 22-23.

sustenta y los que desecha. Este punto está íntimamente relacionado con el anterior, ya que se constituye corolario del principio de la fundamentación de la sentencia. Así, la correcta valoración de la prueba implica, necesariamente, que de los elementos de prueba existentes, se concluya inexorablemente la responsabilidad del imputado en relación con el ilícito que se investiga... 'Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar en su favor.' El respeto debido a este principio capital comporta, además la obligación del juez de separarse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor de justicia. Todo lo anteriormente señalado tiene un objetivo superior, el cual fue señalado en la sentencia número 5746-93, de las catorce horas veinticuatro minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres, indicó: 'Si bien, el juicio de convicción debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a éstas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garantía de realización de un proceso justo, eliminando la arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatoria obtenida respetando los derechos fundamentales.' Así las cosas, para dictar un fallo condenatorio debe necesariamente demostrarse la culpabilidad del imputado; y si se dictó sentencia sin que existiera prueba contundente contra la sentenciada, es decir, sin base probatoria suficiente para provocar el ánimo de certeza del juzgador, efectivamente se estaría quebrantando el debido proceso, valoración que deberá hacer la Sala consultante en el caso concreto, en ejercicio de su competencia específica.

(S 685-99 de las 15:36 hrs. del 02-02-99 de la SC. En el mismo sentido, entre muchas otras S 355-99, 3307-94, 3773-94, 6751-95, 2564-00, 2565-00, 4443-99).

La fundamentación de la sentencia constituye una garantía tanto para las partes del proceso que son los destinatarios directos de la misma, como para la colectividad en su conjunto. Dentro de un sistema de justicia democrático, es indispensable que exista un control de los razonamientos que el juez utiliza en sus valoraciones, a fin de poder determinar si los mismos se ajustan a criterios de racionalidad y objetividad, o si más bien obedecen a simples caprichos, impulsos

o intereses personales. La legitimación de la función jurisdiccional en un sistema político democrático deviene del ejercicio de la función.

El juez se encuentra obligado a justificar sus actos y resoluciones, a indicar las razones, causas y fundamentos, los cuales debe plasmar en un documento que no solo se ponga en conocimiento de las partes, sino también de la colectividad en su conjunto, facilitándose el acceso, tanto a la audiencia oral como al documento en sí.

Puede indicarse entonces que la motivación del fallo no solo tiene valor procesal, sino también extraprocesal, porque trasciende a los sujetos involucrados en el caso concreto. El hermetismo, la arbitrariedad y el secreto son propios de sistemas políticos totalitarios, en donde se irrespetan los más sagrados valores de la persona humana.

La fundamentación de la sentencia no puede reducirse al aspecto jurídico; es fundamental que exista también una adecuada motivación de la reconstrucción de los hechos que se tienen como acreditados. Así, la sentencia debe contener, por una parte, una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho histórico, que es lo que se denomina fundamentación fáctica, incluyéndose aquí tanto los hechos acusados, como los acreditados. Ese hecho histórico debe contener a la vez un sustento probatorio; de ahí surge lo que se denomina la fundamentación probatoria descriptiva e intelectiva. La probatoria descriptiva obliga al juez a señalar en la sentencia cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate, llámense testimonios, pericias, documentos, etc., indicando el contenido de los mismos. La fundamentación intelectiva exige que el juez valore todos esos medios probatorios que tuvo a su alcance; seleccione los elementos que le sirvan para determinar si los hechos acusados se produjeron o no, si el encartado tuvo participación en los mismos, etc., para lo cual debe emplear las reglas del entendimiento humano, a saber: la lógica, la psicología y la experiencia común.

Todo lo anterior debe formularse en un lenguaje que pueda ser entendido por los destinatarios del fallo, que son –como se señaló– tanto las partes como los ciudadanos en general.

Por último, el juez debe efectuar un análisis jurídico donde determine la adecuación típica de los hechos, la antijuridicidad o contrariedad con el ordenamiento y el juicio de reproche o culpabilidad, dentro del que debe establecer la necesidad del reproche y la fundamentación de la pena que se va a imponer.

En esta última, debe indicar por qué opta por determinada sanción: multa, prisión, inhabilitación, etc.; por qué utiliza o no potestades de disminución de la pena, concesión de beneficios, para finalmente determinar el cuántum de la pena, todo ello atendiendo a las circunstancias y parámetros que establece la ley.

La motivación del fallo así considerada no solo permite un adecuado control de la actividad jurisdiccional, sino que también otorga a las partes, la posibilidad de recurrir en caso de desacuerdo. (S 2605-99 de las 15:39 hrs. del 13-04-99 de la SC).

El artículo 142 del CPP prevé la obligación que tienen los jueces de motivar los autos y sentencias que dicten de una forma clara y precisa, exponiendo los argumentos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como indicando el valor otorgado a los medios de prueba. Además, señala que 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.

El artículo 363 establece los requisitos que debe contener la sentencia, señalando en cuanto a la motivación que dicho documento debe contener exposición de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión. A su vez, el artículo 369, inciso d) refiere los vicios de la sentencia que pueden ser el alegado en casación, el que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o que no se hayan observado las reglas de la sana crítica, respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

La doctrina moderna establece cuatro formas de motivación que deben efectuarse al estructurar una sentencia penal:¹³²

132 Seguiremos en esta clasificación el texto de los autores Arroyo y Rodríguez citado, el cual es sumamente didáctico y permitirá una mejor comprensión del tema.

- A) Fundamentación descriptiva:** Se deben expresar resumidamente los elementos de juicio con que se cuenta. Deben consignarse todos los elementos probatorios útiles involucrados mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido: ideas principales y pertinentes de las declaraciones de imputado y testigos, datos más importantes de la prueba documental, pericial, etc. De lo que se trata es de que la sentencia se baste a sí sola y no se requiera de ningún conocimiento previo o externo para comprenderla, lo cual permite y facilita que las partes, el público y las instancias superiores se informen de lo ocurrido en las audiencias del juicio y controlen la consistencia o inconsistencia en la valoración probatoria.
- B) Fundamentación fáctica:** Se refiere al listado de los hechos que se tienen por acreditados a partir de las probanzas recibidas e incorporadas legalmente al proceso, los cuales deben redactarse en forma clara, precisa y circunstanciada. Tiene como límite la acusación, dado que no podría dictarse sentencia respecto de hechos que no fueron oportunamente acusados.
- C) Fundamentación analítica o intelectual:** Es la que realiza la tarea de adecuar el presupuesto de hecho al presupuesto normativo, a través del análisis de la prueba:

No basta, por ejemplo, expresar que el testimonio fue incoherente, contradictorio o falaz; como tampoco basta decir, al contrario, que el declarante se mostró coherente, consistente o veraz. En ambos casos, si no se quiere navegar en un mar de frases huecas, hay que dejar constando los aspectos en que consistió la coherencia o incoherencia, la consistencia o inconsistencia, la veracidad o falsedad del deponente¹³³.

El tribunal debe señalar por qué determinados gestos y actitudes de los deponentes le parecen importantes para tomar la decisión y cuál es la interpretación que les da en el contexto de la declaración rendida; por qué le merece credibilidad o no una declaración u otro tipo de probanza; en cuáles elementos se apoya para fundar su criterio y cuáles ha decidido descartar.

133 Arroyo y Rodríguez, óp. cit., p. 135.

D) Fundamentación jurídica: En esta fase se realiza la subsunción de los hechos a una figura o tipo penal:

[...] bastará con que indique por qué estima que se está en presencia de una acción, que ésta es típica (conurrencia de elementos descriptivos y normativos del tipo en cuestión), que además es antijurídica (con la referencia, cuando corresponde a los supuestos de justificación) y culpable (cuando se haya discutido alguna causa de inculpabilidad), y, finalmente, que está sujeta a sanción¹³⁴.

En esta fase de la motivación, el tribunal aplica el principio “iura novit curia”, según el cual él deberá buscar y argumentar la solución adecuada del caso; obligación de la que no resulta relevado por el diseño acusatorio del código:

Por eso, y en lo que aquí interesa, en los supuestos en que proceda recalificar la conducta inicialmente atribuida al acusado, deberá tomar las medidas del caso, para cumplir la finalidad que señalan los principios de universalidad de la jurisdicción y plenitud hermética del ordenamiento jurídico¹³⁵.

Especial referencia debe hacerse dentro de la motivación al deber de fundamentación de la pena, el cual también se entiende que forma parte del debido proceso. En este tema, en la práctica suele recurrirse a frases repetitivas y fórmulas abstractas que no dicen nada, debido a que no ha existido una cultura de fundamentación de la pena. Ni el juez ni las partes dan importancia a la necesidad de introducir elementos probatorios que acrediten los diversos aspectos que deben analizarse para imponer la sanción. La falta de fundamentación de la pena implica una infundamentación del fallo, por ser la individualización de la pena un aspecto esencial de este.

Sobre el tema de la fundamentación de la sentencia, la jurisprudencia tanto de la Sala Tercera de la Corte como del tribunal de casación penal es abundante.

134 Arroyo y Rodríguez, óp. cit., p. 142.

135 Ibid., p. 145.

Nos referiremos aquí solo a algunos de los criterios que pueden servir de pautas generales, debido a que el detalle de la fundamentación es muy casuístico y requeriría de un estudio solo dedicado al tema.

Se ha establecido la necesidad de que la estructura de la sentencia contenga una fundamentación jurídica, desde las categorías suministradas por la teoría del delito:

[...] lejos de ser un mero ritual formalista, se constituye como un mecanismo esencial para lograr alguna racionalidad en el ejercicio del poder penal del Estado, precisamente a través de la interdicción de la arbitrariedad por parte de los funcionarios que ejecutan dicho poder punitivo. El principio de legalidad penal (nullum crimen nulla poena sine previa lege) exige –precisamente como complemento del principio de autonomía de la conducta de todas las personas– una mínima traducción o manifestación en cada una de las resoluciones de los Tribunales penales con las que se pretende una restricción de derechos fundamentales tan importantes como la libertad ambulatoria. De esta forma, los hechos atribuidos a un encartado, luego de una fundamentación fáctica y probatoria, deben ser sometidos a un adecuado análisis jurídico desde la categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) suministradas con ese fin por la teoría del delito [...]. (en ese sentido, ver voto # 874, de las 9:40 horas del 12 de agosto de 2005).

(S 468-06 de las 9:50 hrs. del 23-05-06 de la STC. En el mismo sentido, S 874-05 de las 9:40 hrs. del 12-08-05; 789-05 de las 9:20 hrs. del 15-07-05 de la misma Sala. S 1114-03 del 31-10-03 del TCP).

La sentencia debe contener un examen o análisis de la prueba que se considere decisiva para demostrar los hechos que se tienen por probados, para lo cual el juez puede escoger los elementos probatorios que le parezcan pertinentes y útiles, desechando de manera motivada los que sean impertinentes o no le merezcan credibilidad:

[...] una vez analizado el fallo, se observa que el a quo confirió de manera motivada verosimilitud a la probanza aludida, fundamentando de manera razonable porqué los hechos ocurrieron como se tuvieron por probados. Sobre la interpretación de la prueba, la jurisprudencia ha reiterado: “Es necesario subrayar, una vez más, que una sentencia se encuentra adecuadamente motivada cuando cuenta con un examen de la prueba que el a quo considere decisiva para demostrar los hechos que

tiene por probados. En esta tarea se encuentra habilitado para escoger los elementos probatorios que considere pertinentes y útiles, desechando, de manera motivada, aquellos que no le merezcan crédito o que no sean conducentes para los juicios de tipicidad y antijuridicidad que constituyen los dos aspectos de análisis judicial exigidos por el principio de legalidad criminal [...]” (ver votos No.596-f-92 y 409-f-91 de la Sala Tercera). En el mismo sentido, recordando que no se está ante un sistema de prueba tasada, respecto a la versión del ofendido se desprende con meridiana claridad que los imputados actuando en forma conjunta y con una distribución de funciones, procedieron a intimidarlo valiéndose de armas y superioridad numérica, para intentar despojarlo de su vehículo automotor, causando a su vez en la ejecución de sus actos, daños de especial envergadura sobre dicho bien mueble, configurándose de tal manera la acción típica descrita en el delito de robo agravado. Al respecto indica el Tribunal: “[...] nótese como el ofendido es claro al referir que los tres acusados lo interceptaron y después de golpear el vehículo e interponerse al paso de éste para que no avanzara, lo amenazaron con un arma de fuego y un desatomillador indicándole que descendiera del carro, logrando identificarlos claramente [...]” (folios 249 y 250). En razón de lo anterior es que se tiene que los Jueces fundamentan válidamente los criterios por los cuales, determinan que de los elementos probatorios existentes se deriva la participación de los imputados en el delito de robo agravado en grado de tentativa, por lo cual se declara sin lugar el presente reclamo.

(S 435-06 de las 9:10 hrs. del 19-05-06 de la STC. En el mismo sentido, S 799-05 de las 10:10 hrs. del 15-07-05 de la misma sala. S 498-03 del 05-06-03 del TCP).

La fundamentación descriptiva exige que se transcriban o resuman las declaraciones recibidas en el juicio:

[...] el Juzgador se limita a mencionar muy brevemente lo que dijeron los testigos en el contradictorio, sin transcribir o resumir en forma adecuada las declaraciones, ya que lo único que menciona son algunos datos de lo que supuestamente dijeron. No es que se requiera o se exija, en este punto, una transcripción literal de la totalidad de los testimonios. Lo que se pide es que, lo que se hace constar en el fallo, permita conocer

qué fue lo que aquellos manifestaron durante el juicio, y si el examen o análisis que se plasma en la sentencia corresponde en efecto (con alguna seguridad) al contenido de estas probanzas, lo que no sucede en esta causa. Tal proceder viene a constituir también el defecto de falta de fundamentación probatoria descriptiva y así debe decretarse.

(S 448-06 de las 10:05 hrs. del 12-05-06 del TCP. En el mismo sentido, 53 de las 9:50 hrs. del 02-02-06; 11-06 del 20-01-06; 552-04 del 03-06-04 del mismo tribunal).

La inadecuada redacción del resumen de las declaraciones se traduce en una falta de fundamentación (S 53-06 de las 9:50 hrs. del 02-02-06 del TCP).

La fundamentación descriptiva no necesariamente debe realizarse en un acápite exclusivo para ello, sino que dado que la sentencia es una unidad lógico- jurídica, puede hacerse en otra de las partes, sin que eso afecte la debida fundamentación:

Con respecto al tema de la fundamentación descriptiva, como reconoce L.B.R., el Tribunal expuso el contenido de la prueba recibida de viva voz y con inmediación en el debate, razón por la cual no existe el defecto que se acusa. Es importante agregar que el hecho de que en el fallo de mérito, el órgano jurisdiccional describiera cada elemento probatorio en el mismo acápite destinado a su valoración (así, cfr. folios 47 vuelto en adelante) no constituye un vicio, sino únicamente una técnica particular de redactar la sentencia que por cumplir con los requisitos medulares de la fundamentación descriptiva e intelectual (a saber, reflejar la suma del contenido de la prueba y su respectiva valoración), es admisible.

(S 438-06 de las 9:40 hrs. del 19-05-06 de la STC. En el mismo sentido, 309-06 de las 9:00 hrs. del 07-04-06; 161-06 del 24-02-06; 60-06 de las 9:20 hrs. 03-02-06 de la misma sala. S 56-04 del 29-01-04; 289-03 del 03-04-03 del TCP).

El hecho de que la sentencia no indique con exactitud la fecha en que sucedieron los hechos no implica falta de fundamentación:

[...] En cuanto al reclamo de ausencia de indicación del tiempo en que se ejecutaron los acontecimientos, basta señalar que: "... En cuanto a

la exigencia de precisar con mayor rigurosidad el dato, proveer mes, día y de ser posible hora en que los hechos acaecieron, esta Sala ha señalado citando un voto de la Sala Constitucional que: "[...] no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuándo sucedieron los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la acreditación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello lo correcto es afirmar que sólo existirá una violación del derecho al debido proceso del imputado si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada [...]", voto N° 2812-98, de las 14:48 horas del 28 de abril de 1998.", (Sala Tercera, # 00485-99, de 10:45 horas del 23 de abril de 1999), de ahí que si bien es cierto, no fue posible establecer la hora y fecha exactos en que ocurrieron los hechos, ante la imposibilidad real para concretarlos de parte de la menor, el Tribunal si logró establecer un espacio temporal entre los meses en que ocurrieron, sin que ello constituya un elemento que afectara el correcto ejercicio de la defensa.

(S 448-06 de las 11:20 hrs. del 19-05-06 de la STC. En el mismo sentido, la S 301-06 del 31-03-06; 843-05 de las 10:35 hrs. del 29-07-05; 732-05 del 01-07-05, 576-05 del 10-06-05 de la misma sala).

La fundamentación jurídica del fallo no requiere de un análisis dogmático profundo, sino que basta con que se describan los hechos que se adecúan a cada uno de los requerimientos del tipo penal:

En segundo lugar, y en lo referente a la motivación sobre la tipicidad del robo, encuentra la Sala que las explicaciones dadas por los juzgadores son suficientes para que cualquier lector objetivo comprenda con claridad por qué las acciones fueron calificadas de esa forma. El a

quo, luego de transcribir las previsiones típicas contenidas en el inciso 2) del artículo 213 del Código Penal (que sancionan el robo ejecutado con el uso de armas), describe que el justiciable colocó sobre el abdomen de su víctima un puñal y que la ofendida, intimidada por el arma, se vio obligada a entregarle su reloj y una esclava. Desde esta perspectiva, resulta claro que los razonamientos que constan en el fallo son suficientes para comprender qué es lo que el a quo entiende por robo agravado, en la modalidad prevista en el inciso 2) del artículo de cita y si la defensa considera que dicha interpretación es equivocada, nada le impediría discutir el punto y cuestionar lo resuelto, aunque los jueces no hayan acudido a un análisis dogmático profundo del tema, pues no es eso lo que exige la ley. La fundamentación de las sentencias es ciertamente esencial y un requisito ineludible para asegurar el control ciudadano de las decisiones judiciales, pero cumple a cabalidad su propósito cuando permite comprender, en el caso del análisis de la tipicidad, cuál es la interpretación que los jueces dieron a la norma punitiva y por qué consideran que la conducta examinada se adecua al tipo penal.

(S 391-06 de las 9:40 hrs. del 5-05-06 de la STC).

Para que un fallo se encuentre debidamente fundamentado en cuanto a la culpabilidad del imputado o en relación con la veracidad que se atribuye a las declaraciones de los ofendidos, no se requiere necesariamente de un dictamen psicológico o psiquiátrico, bastando en la generalidad de los casos, el criterio del juzgador:

[...] el impugnante acusa que no existe dentro del expediente un verdadero [sic] informe de un(a) trabajador(a) social, o un dictamen psicológico que determine la veracidad de las afirmaciones de las menores, asimismo, reprocha la ausencia de un dictamen médico forense para acreditar si las infantas fueron tocadas en sus partes íntimas por sobre la ropa [sic]. [...] El hecho de que no exista en autos la prueba pericial o técnica que indica el recurrente, no ocasiona ningún vicio en la fundamentación del fallo cuestionado, pues dichas probanzas –aunque deseables– no tienen ningún carácter obligatorio per se, en razón de que nuestro sistema penal no sigue un sistema de tasación probatoria legal, sino de libre apreciación de la prueba con las limitaciones establecidas en los numerales 182 y 184 del Código

Procesal Penal, por lo que su ausencia no conlleva problema alguno, máxime que en este caso la convicción sobre la existencia del hecho se basa directamente en el testimonio de la víctima J. P. F. B., ratificado además por la deposición de su hermana J. A. F. B., ello derivado directamente del proceso oral cuyas bondades permiten observar directamente a los Jueces la prueba evacuada, evidentemente la inmediación no sustituye –ni lo pretende– al psicólogo forense, pero la pericia que se echa de menos en el caso concreto, no puede en sí misma acreditar o descartar un tocamiento.

(S 387-06 de las 15:20 hrs. del 03-05-06 de la STC).

En cuanto a la prueba pericial para determinar la imputabilidad, se pronunció la Sala Constitucional:

[...] Se concluye que existe suficientes pronunciamientos de la Sala que si bien dejan claramente establecida la necesidad de una fundamentación adecuada y suficiente en relación con las cuestiones de imputabilidad, lo cierto es que ha se estimado que ellas quedan cubiertos en la generalidad de los casos, con la convicción y subsecuente declaración del Tribunal con respecto a la atribución de responsabilidad al acusado, ello por supuesto con excepción de aquellos casos ya sea de oficio o a instancia de parte, el tema sea objeto de cuestionamiento concreto y específico, en el momento procesal correspondiente. Por lo anterior, lo procedente es, de conformidad con la sentencia primeramente transcrita, devolver el expediente a la autoridad consultante para que se continúe con el trámite establecido.

(S 11274-05 de las 15:12 hrs. del 24-08-05 de la SC).

En determinados casos, donde existe duda o discusión en relación con la imputabilidad del acusado, el tribunal se encuentra en la obligación de realizar una fundamentación al respecto, conforme se señaló en el siguiente caso:

[...] acusa la nulidad de la sentencia por considerar que el Tribunal omitió pronunciamiento con relación a la capacidad del acusado para comprender el carácter lícito e ilícito de sus actos. Señala la defensora,

que esto era importante pues la ofendida A.V.S. indicó que el procesado “andaba borracho” , mientras que su madre, la señora M.S.S. manifestó que: “Se dice que no es muy normal, con todo respeto que se merece, se dice que es medio loco y que le gusta tomar licor, no se si tiene expediente en el hospital.” Estos aspectos no son tomados en cuenta por los Jueces al hacer el juicio de culpabilidad, no obstante que pareciera, por el tipo de hechos que se le atribuyen a C.H., que su conducta no es la de una persona normal, de ahí que al menos se debió considerar si la intoxicación etílica influyó en su conducta o si tenía disminuidas sus facultades. Por lo anterior, solicita se anule la sentencia y se ordene el respectivo juicio de reenvío. **Lleva razón la impugnante:** El artículo 39 de la Constitución Política contempla el principio de culpabilidad. Esta norma, en lo que interesa, indica: “...a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad” . Como se observa, para imponer una sanción penal, la Constitución Política exige la demostración de que el hecho puede ser reprochado a su autor. La pena en otras palabras, solamente se puede aplicar a las personas que -previa demostración- comprenden lo injusto del hecho que cometen, basando su voluntad en esa comprensión (responsabilidad) y no a quienes actúan sin culpabilidad. Así las cosas, el Tribunal tiene la obligación de fundamentar la existencia de la culpabilidad en sus tres elementos a saber, imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), conocimiento de la ilicitud y exigibilidad de una conducta ajustada a derecho. Esa exigencia es precisamente la que se incumple en el fallo cuestionado, pues pese a que hay elementos que introducen una duda sobre la capacidad de culpabilidad del endilgado, el órgano de mérito los desconoce, limitándose a señalar que Calderón Hernández comprende el carácter ilícito de sus actos y es capaz de adecuarse a esa comprensión. En ese sentido, véase que la señora M.S.S. dijo que en la zona de Tres Ríos se comenta que C.H. “ no es muy normal, [...] que es medio loco y que le gusta tomar licor[...]” (folio 63 frente, el destacado es nuestro). Por su parte, la ofendida A.J.V.S. manifestó que al tocarla, el acusado lo que hacía era reírse, que olía a licor y que “se notaba como borracho” (cfr. folio 61 frente). No obstante ello, los Jueces se limitan a decir que el

justiciable es “[...] una persona que posee capacidad mental, no es inimputable, sabe distinguir entre lo bueno y lo malo, y por tener la posibilidad de comprender el carácter ilícito de las acciones que realizó en contra de A. le es exigible responsabilidad penal.” (folio 69 frente). Como se aprecia, no solo omite analizar con detalle los aspectos antes mencionados, sino que tampoco se mencionan los elementos probatorios que le permiten concluir que C.H. es imputable. A mayor abundamiento, observa esta Sala que el acusado, en los datos previos que rindió ante la Fiscalía de la Unión, indicó que padecía “retardo mental” (folio 16 frente), extremo que de igual forma no fue valorado por los Jueces no obstante su relación con la sospecha a la que aquí se hace referencia. En este punto, es importante aclarar que si bien lo común es que las personas tengan capacidad de culpabilidad, eso no exime al Tribunal de su obligación de analizar con detenimiento el tema, sobre todo cuando tenga elementos para sospechar de su ausencia (sea porque la parte lo alega o porque lo extrae de su propia apreciación de los hechos y las pruebas, tal y como sucede en este caso). Finalmente, cabe agregar que el hecho de que Calderón Hernández se negara a ser sometido a la valoración psiquiátrica o psicológica que prevé el numeral 87 del Código Procesal Penal (folios 17 y 18 frente), no excluye la obligación del órgano de mérito de fundamentar la existencia de la culpabilidad con los elementos que tenía a su alcance (por ejemplo, el análisis de las circunstancias que rodearon el hecho, el comportamiento del encartado en el juicio, etcétera), tarea que como se apuntó líneas atrás, adquiere todavía más relevancia en un caso como éste, dada la presencia de elementos que por el contrario hacen dudar de esa conclusión. Por lo anterior, se declara con lugar el presente motivo. Se anulan la sentencia y el debate que la precedió y se ordena el respectivo juicio de reenvío. Por innecesario, se omite pronunciamiento con relación al motivo de casación por el fondo planteado por la defensora pública.

(S 66-06 de las 9:55 hrs. del 03-02-06 de la STC).

La indeterminación absoluta de los hechos probados se entiende como una falta de fundamentación:

*[...] ha sido criterio de esta Sala que la absoluta indeterminación de la relación circunstanciada de los hechos probados en una sentencia es motivo suficiente para su anulación, según lo preceptuado por los artículos 1, 303 inciso b), 363 inciso c), 365 y 369 inciso b) del Código Procesal Penal (en ese sentido, ver votos #371-F-91, del 19 de julio de 1991, #1268-2005, de las 9:00 horas del 14 de noviembre de 2005 y #1350-2005, de las 13:50 horas del 28 de noviembre de 2005). En este caso, se extraña esa relación circunstanciada de los hechos, lo que resulta fundamental en un Estado de Derecho. Respecto a su importancia, esta Cámara se ha pronunciado, asegurando que: “[...] permite, entre otras cosas, (1) comprender o conocer la conducta por la que se juzga a una persona, (2) establecer si en el fallo se presenta congruencia entre lo que se acusa y lo que se resuelve, (3) determinar si el análisis de fondo corresponde a lo que se estima como cierto en la causa, lo mismo que (4) para verificar si la normativa de fondo aplicada es la pertinente en el caso que se analiza [...]” (cfr. voto #588-2004, de las 9:10 horas del 28 de mayo de 2004). Así las cosas, habiendo incurrido el Tribunal de mérito en el defecto de falta de fundamentación fáctica o de enunciación de los hechos probados, siendo que tal descuido no puede ser rectificado en esta sede, y en resguardo del derecho de defensa de Luis E.S.A., lo que se impone es **declarar con lugar** el recurso de casación interpuesto por la abogada M.B.L. En consecuencia, se anula la resolución impugnada, así como el debate que le dio origen, para que en un nuevo juicio y bajo una nueva integración de los miembros del Tribunal, se proceda conforme a derecho.*

(S 313-06 de las 10:00 hrs. del 06-04-06 de la STC. En el mismo sentido, 306-04 del 01-04-04; 916-03 del 11-10-03; 916-03 del 11-10-03 del TCP).

En relación con la fundamentación intelectual, se señaló que constituye un requisito esencial de la sentencia y su ausencia implica una vulneración al derecho de defensa y debido proceso:

Debe indicarse, que existe una exigencia legal y constitucional que obliga a los tribunales a fundamentar sus fallos, siendo que su incumplimiento constituye una verdadera violación al debido proceso. En ese sentido, el artículo 142 Código Procesal Penal, retomando la jurisprudencia de esta Sala, plantea la exigencia de fundamentar los fallos indicando: "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 [...]". Por su parte, la Sala Constitucional ha establecido que la falta de fundamentación de la sentencia, violenta el derecho al debido proceso: "[...] el deber de fundamentación de la sentencia es garantía primordial, de rango constitucional, a favor del encausado, en cuanto incide en el derecho de defensa, pues sólo conociendo la argumentación del juzgador, se puede recurrir del pronunciamiento y determinar si se ha cumplido con las reglas de valoración de la prueba y si dicha actuación puede encuadrarse dentro de los elementos del debido proceso [...]". (Voto número 7174-99, de 16 septiembre de 1999). En ese sentido, el fallo recurrido al no hacer ningún tipo de valoración intelectual de la prueba, ha violentado el derecho de defensa del imputado, siendo motivo para casar la sentencia, tal y como dispone el artículo 369 inciso del Código Procesal Penal.

(S 250-06 de las 15:55 hrs. del 27-03-06 de la STC. En el mismo sentido, 65-06 del 03-02-06 de la misma sala).

Se resolvió que no se requiere de una transcripción de la prueba documental que conste en el expediente:

El cuarto motivo versa sobre una pretendida falta de fundamentación descriptiva, por no contener la sentencia un resumen de la prueba documental incorporada al debate, lo que impide inferir cuáles de sus aspectos fueron valorados por el a quo: "[...] pues no es jurídicamente adecuado que la sentencia realice remisiones al expediente pues, tal como ya se argumentó, ésta debe bastarse por sí misma y contener todos los elementos de peso tomados en cuenta por los juzgadores

[...]” (sic). Tampoco es de recibo el reclamo: Como es sabido, la fundamentación descriptiva del fallo tiene por propósito que los interesados puedan comprobar cuál fue el contenido de la prueba recabada, para saber si las conclusiones alcanzadas por los Jueces se derivan de ella o no. De ahí la importancia de que esa prueba aparezca consignada en el fallo. Esto no es necesario si, como acontece con la prueba documental, esta se halla en el expediente, lo que haría ocioso transcribirla, toda vez que el control arriba mencionado, puede efectuarse remitiéndose a la pieza en cuestión, la cual basta referir dónde se localiza y cuál es el elemento de criterio que surge de ella. Ahora bien, si eso es justamente lo que la defensora echa de menos, que no se dijera qué factores de convicción se obtenían de la prueba documental, debió entonces señalar cuál era el interés del reparo, es decir que era lo no valorado de esa prueba, para poder determinar el interés procesal de su alegato.

(S 188-06 de las 8:45 hrs. del 13-03-06 de la STC. En el mismo sentido, S 1347-05 del 23-11-05 de la STC y 659-03 de las 16:25 hrs. del 14-07-03 del TCP).

En cuanto a la fundamentación de la pena, el artículo 71 del Código Penal establece los presupuestos que deben tomarse en cuenta para su determinación.

Nos remitiremos nuevamente al texto de los autores Arroyo y Rodríguez, quienes presentan una serie de planteamientos muy claros, a partir tanto de un estudio doctrinal como jurisprudencial, acerca de cuáles elementos deben tomarse en cuenta para imponer la pena en el contexto de nuestra realidad jurídica. Subrayan algunos temas básicos, a partir del contenido del artículo 71 del Código Penal¹³⁶:

- a) Al imponer la sanción, lo primero que debe tenerse presente es que por encontrarnos en un Estado constitucional de derecho, la pena no puede tener una función meramente retribucionista, sino que debe atender a los fines de prevención especial positiva y prevención general positiva.

136 Ibid., pp. 146-166.

- b) Como toda autoridad pública en un Estado de derecho, el juez está sujeto a los límites que impone el derecho de la Constitución y la ley ordinaria, por lo que en todas sus actuaciones tiene delimitado el ámbito de acción, incluyéndose la fase de la individualización de la pena, donde no puede ser arbitrario, sino que debe atender a parámetros objetivos y racionales.
- c) La legitimidad de sus decisiones exige la motivación de las razones en una forma precisa, clara y suficiente, razón por la cual, la fundamentación de la sentencia y concretamente de la pena constituyen tareas ineludible en la labor del juez.
- d) Por estar ante un derecho penal del acto, la pena debe responder a la acción u omisión respecto de la cual se demostró la culpabilidad del acusado y no a su vida pasada. No obstante, tanto la jurisprudencia de la Sala Constitucional como de la Sala Tercera han establecido que sí pueden valorarse los antecedentes del imputado para efectuar el juicio de reproche, aunque de manera accesoria a la culpabilidad establecida. En relación con la posibilidad de considerar características psicológicas, psiquiátricas y sociales, así como los referentes educativos y antecedentes, estas deben estar dictaminadas y documentadas para el caso, de manera que puedan válidamente fundamentar la imposición de determinada sanción.
- e) Debe tomarse en cuenta que la culpabilidad es el fundamento de la individualización de la pena; es decir, el juicio de reproche contra quien, pudiendo conformar su conducta a derecho, opta por no hacerlo.
- f) En relación con los “aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible” se deben tomar en cuenta las motivaciones personales del autor y las finalidades que persigue (presiones económicas, miseria, hambre, afán de sobrevivencia, miedo, vergüenza, ambición desmedida, venganza, lucro, envidia, etc.) Estos son los motivos determinantes del hecho a que se refiere el inciso d) del artículo 71 del CP.
- g) Las condiciones objetivas se relacionan directamente con el inciso c) del artículo 71 del CP, el cual refiere las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realiza la conducta punible:

En este supuesto, hay formas de realización mucho más graves que otras por los instrumentos, armas o implementos más o menos ofensivos que se utilizan, por la presencia o no de testigos, por la clandestinidad y sorpresa con la que se actúa, por la hora del día o el lugar del acontecimiento, circunstancias de las que se puede obtener mayor o menor facilidad o ventaja para la consumación del hecho¹³⁷.

- h) Deben valorarse la dimensión y la importancia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma.
- i) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima no se encuentran suficientemente precisadas. Podrían tomarse en cuenta tanto para la víctima como para el victimario, las condiciones o calidades de edad, sexo, estado civil, escolaridad, condición económica, origen rural o urbano. En este sentido, señalan que en cuanto a los roles de mayor o menor poder que se asumen culturalmente, no es lo mismo un profesional que un campesino, una mujer que un hombre, un niño que un adulto.
- j) En cuanto a la conducta posterior al delito, podría por ejemplo agravarse la pena, porque el imputado, antes de la realización del juicio, se dedicó a amenazar a los testigos. No podría agravarse la pena por la conducta del imputado durante el debate, porque en ese caso, lo que se debe hacer es aplicar el régimen disciplinario. También deben tomarse en cuenta los intentos serios y reales de reparar el daño realizados personalmente por el imputado. No puede tomarse en cuenta la falta de arrepentimiento para aumentar la pena. No obstante, la confesión se adecúa a la prevención especial positiva y justifica un trato privilegiado.
- k) Para individualizar la pena, no se podrían valorar las constancias de buena conducta, las cartas de recomendación o las manifestaciones firmadas por vecinos o compañeros de trabajo, siempre y cuando no se vinculen con el hecho.

137 *Ibíd.*, p., 153.

- l) No deben ser tomadas en cuenta las circunstancias que ya de por sí forman parte del tipo legal; por ejemplo: cuando se refiere que un homicidio es un hecho sumamente grave, “porque se ha dado muerte a una persona” o cuando se pretende fundamentar una pena alta en un accidente, considerando la “imprudencia con que actuó el acusado”.
- m) Al individualizarse la sanción debe realizarse un juicio de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto). La pena no solo debe motivarse, sino que además debe imponerse en una medida que resulte proporcionada y razonablemente adecuada al hecho cometido.

3.8.2 Principio de correlación entre acusación y sentencia

El otro aspecto que tiene que ver con el derecho a que se dicte una sentencia justa es el principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia. Está previsto en el artículo 365 del CPP, el cual indica que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querella y, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al imputado.

Asimismo, atiende al principio de inviolabilidad de la defensa. En virtud de este principio se ha querido establecer un marco fáctico, como límite de la actividad jurisdiccional, en resguardo del derecho de defensa del imputado, ya que la acusación constituye el límite de su juzgamiento. Lo que se pretende es que el imputado no resulte sorprendido con imputaciones fácticas, sobre las que no tuvo oportunidad de defensa ni de planificar su estrategia. La correlación debe establecerse entre los hechos acusados y los hechos que se acreditan en la sentencia. Reiteradamente la Sala Constitucional ha señalado que la falta de correlación entre acusación y sentencia vulnera el debido proceso:

Se ha dicho igualmente que no puede variarse el cuadro fáctico acusado sobre el que versa el juicio, pues debe existir correlación entre acusación y sentencia, dado que tales cuestiones forman parte del derecho de defensa pues sólo conociendo los hechos atribuidos se puede formular una defensa y si ellos se alteran se imposibilita ejercer efectivamente ese derecho. Así, en la sentencia número 00481-95 de las diez horas seis minutos del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco, se consideró: “II.- Como primer motivo de violación al

debido proceso el recurrente indica que la sentencia violó el principio de correlación entre acusación y sentencia ya que no respetó el cuadro fáctico contenido en la requisitoria fiscal, e introdujo como hechos probados algunos que no fueron considerados en la acusación [...] La correlación entre acusación y sentencia integra el derecho de defensa del imputado porque, no podría ejercer su defensa si el Tribunal estima como acreditados hechos totalmente diversos a los contenidos en la acusación. La verificación del cumplimiento a dicha garantía resulta exclusiva de la Sala consultante.

(S 10575-00 de las 15:09 hrs. del 29-11-00 de la SC. En el mismo sentido, 1739-92, 3490-95).

La correlación está restringida a los hechos de la acusación y existe la posibilidad para el tribunal de variar la calificación jurídica. Sin embargo, el artículo 346 del CPP señala que si en el curso de la audiencia, el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, puede advertir al imputado sobre esa posibilidad para que prepare su defensa. Como puede verse, se trata de una posibilidad y no de una obligación. También es posible que durante el debate, conforme se desarrolló anteriormente, el fiscal o querellante amplíe la acusación, tal y como lo dispone el artículo 347 del CPP.

Se ha resuelto reiteradamente por parte de nuestros órganos de casación, que no se viola el derecho de defensa, si las variaciones no inciden en el núcleo esencial de la acusación, sino en aspectos circunstanciales que no resultan decisivos (S 1504-05 de las 16:25 hrs. del 22-12-05; 997-05; 527-05; 248-05; 173-05; 685-03; 21-06 todas de la STC; 525-06 de las 9:12 hrs. del 02-06-06; 316-06 de las 8.45 hrs. del 06-04-06; 143-06 de las 8:40 hrs. del 28-02-06; 893-05 de las 15:10 hrs. del 12-09-05, todas del TCP). La jurisprudencia ha establecido que la valoración de la prueba conforme a los principios de inmediación, concentración, continuidad y publicidad, propios del juicio oral, motiva que se presente una variación del cuadro fáctico acusado. Lo que debe determinarse es si se da una variación esencial o no: lo importante es que el núcleo esencial de los acontecimientos en ambos documentos mantenga características similares, a fin de garantizar el respeto efectivo al derecho del encartado de ejercer su defensa respecto de las acciones atribuidas. (S 18-06 de las 11:20 hrs del 20-01-06 de la STC).

No pueden señalarse pautas generales que se deben seguir o considerar, porque en realidad el manejo del tema es muy casuístico. En cada supuesto concreto, deberá determinarse si se causó indefensión o no. De esta manera, en las siguientes líneas, incluiremos varios casos que nos pueden servir de ilustración¹³⁸.

CASOS DONDE SE DISCUTE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpuso un recurso de casación contra la sentencia que lo declaró autor responsable de dos delitos de abusos sexuales agravados cometidos en perjuicio de D.J.B. Consideró la defensa que el tribunal de mérito propició la indefensión de su representado, pues la estrategia (material y técnica) se había definido por los términos en los que se planteó la acusación, la cual fue puntual al indicar que los presuntos hechos ocurrieron los días 17, 20 y 21 de noviembre de 2000. No obstante, en el primer delito acreditado por el aquo, se combinaron de manera arbitraria los acontecimientos acusados como cometidos

138 *"Como lo ha reconocido reiterada jurisprudencia de esta Sala y de la instancia constitucional, la congruencia que debe exigirse entre la acusación y el fallo es el pilar fundamental no sólo del esquema acusatorio, sino de la vigencia de los principios democráticos dentro del proceso, al reproducir, por así decirlo, la división de roles de los actores –parangón de la división de poderes– y señalar claramente quién debe acusar y con determinados requisitos y quién es el llamado a juzgar según lo alegado y probado, sin poder exceder en perjuicio del justiciable ese marco fáctico que se somete a su conocimiento. Y, por ello, esta exigencia es a su vez el correlato del derecho de defensa. Sin esta separación de roles, el derecho de defensa no puede garantizarse a plenitud, pues el acusado, a pesar de que el Ministerio Público estructure una imputación en su contra, que pueda conocerla antes del juicio, ofrecer la prueba y a partir de ella, delimitar su estrategia de defensa, podría estar sometido a la completa incertidumbre si el sistema permitiera a los juzgadores inmiscuirse en esa labor delimitadora de los hechos que se le atribuyen e incluso variar el marco fáctico que se acusó para, sobre esa base, emitir un juicio de reproche, al mejor estilo del proceso inquisitivo, lo que evidentemente no compagina con el diseño constitucional y legal de nuestro proceso penal. Ahora bien, es claro que para apreciar el respeto a este principio deben valorarse **los elementos esenciales de la conducta delictiva atribuida, que son los que no pueden ser variados**. Qué es esencial en una imputación sólo puede analizarse a la luz de cada caso concreto, teniendo como parámetro para valorar su respeto, el derecho de defensa. Si la variación ocasiona un desequilibrio a la defensa, la correlación no se ha respetado y el fallo que en tales condiciones se emita, es ineficaz por violatorio del debido proceso. Por eso, la única regla general que puede emitirse en esta materia es que **la variación no puede ser de elementos esenciales y el parámetro para su determinación será el derecho de defensa mismo**. Esta materia va estrechamente relacionada –porque compromete los mismos principios– con el tema de la corrección o modificación de la pieza acusatoria por el Ministerio Público". (S 574-05 de las 8:55 hrs. del 10-06-05 de la STC).*

los días 17 y 20 de noviembre, abriéndose además, una brecha de posibilidades, cuando se señaló que dicho ilícito pudo haber tenido lugar dentro de las dos semanas anteriores al 21 de noviembre de 2000, dejando inoperante la prueba de descargo e imposibilitándose, por ende, una adecuada defensa.

El imputado D.J.B. **fue acusado** de haber cometido tres abusos sexuales en perjuicio de la menor Y.B.P, los días 17, 20 y 21 de noviembre de 2000 y un delito de violación perpetrado el día 21 señalado. Asimismo, se le endilgó haber actuado en todas esas ocasiones con conocimiento y voluntad y sin el consentimiento de la agraviada, a quien, posteriormente, le dejaba dinero en efectivo, en sumas que oscilaban entre cinco y diez mil colones, y la amenazaba, en el sentido de que si contaba lo ocurrido, mataría a sus padres.

Concretamente, la acusación estableció que el 17 de noviembre de 2000, aproximadamente a las 16:00 horas, en la Urbanización Tica Linda, el encartado se apersonó a la casa de habitación de su inquilina y perjudicada, quien contaba con doce años de edad y vivía con sus padres, pero que con frecuencia, como en esta ocasión, se encontraba sola en dicha vivienda. Aprovechándose de dicha circunstancia y del hecho de que tenía llaves del inmueble, el encartado ingresó a este y una vez en su interior, tomó por la fuerza a la agraviada, levantó su blusa y lamó sus senos, al tiempo que la menor lo golpeaba por diferentes partes del cuerpo ofreciendo resistencia e, incluso, trató de quitarle el “short” que vestía, sin éxito. Finalmente, le dio un beso en la boca a la niña y le indicó que regresaría.

Asimismo, se acusó que el lunes 20 del mismo mes y año en ese lugar y en horas de la mañana, el imputado se apersonó nuevamente a la vivienda de la menor, ingresó y la tocó violentamente, primero sobre un sillón y luego sobre una cama, levantó su blusa y procedió a lamer sus senos y su zona genital. El tribunal tuvo por acreditado que el primer abuso sexual cometido en perjuicio de la menor tuvo lugar al menos un día antes del 21 de noviembre de 2000:

[...] pero dentro de las dos semanas anteriores a éste día [...]. En ese sentido indicaron que: “[...] pese a que la acusación indicó los abusos plenamente puntualizados en tiempo, ello no impide al Tribunal a tener por demostrado que al menos un abuso sexual se da sin determinar una fecha precisa, pero siempre dentro del tiempo próximo a los días en que se interpone la denuncia, siendo que ello no puede venir a considerarse como violatorio al principio de correlación entre acusación

y sentencia, ya que lo que acusa el Ministerio Público en su requisitoria son hechos y no calificaciones, por lo que éste último aspecto no puede resultar vinculante para el Tribunal, siendo que al menos dos de los hechos esenciales que se acusan sí se sostienen. Y esto por cuanto no tienen que mantenerse los hechos en sentencia en forma idéntica a los acusados, ya que ésta dependiendo de las pruebas evacuadas, puede cambiar, siempre que se mantenga como en el caso, el núcleo de la acusación al menos relacionado con dos abusos sexuales contra menor de edad, construcción que ahora se alcanza con la evacuación y la valoración de toda la prueba dicha [...].

La defensa iba dirigida a demostrar que para las fechas indicadas, el endilgado no pudo haber cometido las conductas ilícitas que se le señalaban como autor, ya que el día 17 se encontraba haciendo actividades propias de su trabajo y el día 20 se había ido a San Isidro de El General con un amigo, con quien iba a realizar un negocio de la venta de un inmueble, y aportó elementos que en su criterio, respaldaban su dicho.

¿Considera usted que la sentencia es incongruente? ¿Causa alguna indefensión al imputado? Sí, no, ¿por qué?

Decisión del tribunal

Analizados los autos, esta Sala no estima acertada la conclusión de los Juzgadores de mérito en este extremo, por considerarse que con lo resuelto sí se quebrantó el principio de correlación aludido. Efectivamente, se le causó indefensión a D.J.B., porque como se desprende de la sentencia y lo indica la licenciada [defensora del imputado], la estrategia de la defensa -tanto material como técnica- se determinó por las fechas concretas indicadas en la acusación. En lo que interesa, a J.B. se le atribuía responsabilidad por dos acciones determinadas en unos días concretos (17 y 20 de noviembre de 2000) y su defensa iba dirigida a demostrar que para las fechas indicadas, el endilgado no pudo haber cometido las conductas ilícitas que se le señalaban como autor, ya que el día 17 se encontraba haciendo actividades propias de su trabajo y el día 20 se había ido a San Isidro de El General con un amigo, con quien iba a realizar un negocio de la venta de un inmueble, aportando elementos que en su criterio,

respaldaban su dicho (así a folio 234). No obstante, en la sentencia se dispuso que la ilicitud se dio “dentro de las dos semanas anteriores al 21 de noviembre de 2000”, variación que resultó sorpresiva y le generó un grave perjuicio al justiciable, en tanto se afectó de manera grosera su derecho de defensa, porque no tuvo oportunidad de rebatir dicho punto y/o aportar la prueba que estimara pertinente. En consecuencia, al haberse introducido un aspecto sorpresivo que limitó el ejercicio de la defensa del justiciable, únicamente con respecto al primer ilícito por el que se le condenó, se acoge parcialmente el presente motivo. Así las cosas, se mantiene la condena por el delito de abuso sexual contra persona menor de edad agravado (así recalificado, según consta a folio 269) cometido el 21 de noviembre de 2000.

(S 36-06 de las 10:10 hrs. del 27-01-06 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a diez años de prisión por el delito de violación calificada. Alega el hecho de que habiendo sido condenado por los hechos sucedidos en una sola ocasión, en la fundamentación de la pena, se haga referencia a varios hechos delictivos que no fueron acusados ni demostrados en el debate. En la sentencia, el tribunal refiere:

Para la fijación de la sanción, este Tribunal considera una serie de aspectos que ameritan una imposición de una pena superior al extremo mínimo. En primer término, desde un punto de vista puramente objetivo, los hechos realizados por los imputados en perjuicio de la menor ofendida, fueron reiterados a lo largo del tiempo, a pesar de que dicha situación no se acusó los mismos ocurrieron durante un lapso aproximado de tres años, la (sic.) declaró en el debate que –al menos cinco ocasiones– el encartado la violó, es decir, los vejámenes a que fue sometida la menor le afectaron no solo físicamente sino que moralmente, afectación que se prolongó en el tiempo y que la obligó a separarse de su núcleo familiar. Por otra parte, el imputado se prevalece de su condición de padre para evitar que la ofendida denuncie la violación y para lograr sus encuentros en solitario con esta, consumando el ilícito acusado, lo que en efecto persigue

denigrar la moral de la menor, al convertirla en una esclava sexual, la cual era usada a su antojo por el encartado. Estos elementos de carácter puramente objetivo, al momento de cometer los hechos, son los que indiscutiblemente –a juicio del Tribunal– agravan el reproche para los efectos de la sanción a imponer. Desde el punto de vista subjetivo, los actos indicados demuestran el interés del acusado por evitar –en un primer momento– su impunidad y por otro parte, demuestran un absoluto irrespeto a la integridad moral, física y sexual de la menor agraviada y de un vínculo filial tan sagrado como lo es la familia. La ofendida no solo tuvo que soportar las vejaciones de que fue objeto en un plano físico sin llegar a estigmatizarse y desarrollar sentimientos de culpa por los actos a que fue sometida. Al respecto el dictamen psicológico es claro al establecer como secuelas, que la menor presenta estrés post-traumático y trastorno depresivo le han producido un debilitamiento persistente en la salud, siendo que dichas secuelas son consecuencia directa de la violación cometida por el aquí encartado. Por otra parte, la lesión psicológica causada por el imputado a la víctima fue considerable, pues no sólo la expuso prematuramente a una situación de violaciones, sino que además la hizo su mujer durante varios años, lo que moralmente la afectó aun más. La personalidad excesivamente tímida y retraída de la menor, así como los trastornos de comportamiento y rasgos depresivos de los que el dictamen psiquiátrico da cuenta, son parte del daño ocasionado a la ofendida por un abuso sexual que el imputado –con pleno conocimiento y sin reparo– ejecutó en circunstancias que agravan la conducta, tales como: la comisión reiterada en la casa de la familia, realizando dicha acción a la fuerza, pues incluso la ofendida refirió que los abusos le causaban dolor, además de que le advertía que no dijera nada, siendo conocedora que se trataba de un sujeto agresor” (Ver folios 485 y 486).

Con base en estas consideraciones, se le impuso al encartado la pena de diez años de prisión.

¿Considera usted que se está ante una infracción al principio de correlación entre acusación y sentencia? ¿Le parece adecuada la motivación de la pena?

Decisión del tribunal

Los argumentos externados por el Tribunal para imponer esa sanción pueden resumirse de la siguiente manera: a) Aunque sólo se acusó y condenó por un delito de violación, la ofendida narró que hubo al menos cinco violaciones cometidas en el lapso de tres años, lo que implica una “comisión reiterada” del delito, b) el imputado se prevaleció de su condición de padre de la menor y del uso de la fuerza para cometer el injusto y procurar su impunidad, c) el mismo irrespetó la integridad de la menor y la relación de parentesco, dejando las secuelas que se describen en el dictamen psicológico. En el párrafo transcrito en el considerando anterior, es evidente que la principal razón para la imposición de un monto superior al extremo menor de la pena fue que la ofendida narró varios accesos carnales por parte de su progenitor. Esto se evidencia en frases como la siguiente: “En primer término, desde un punto de vista puramente objetivo, los hechos realizados por los imputados en perjuicio de la menor ofendida, fueron reiterados a lo largo del tiempo, a pesar de que dicha situación no se acusó”. El Tribunal, haciendo referencia a lo narrado por la menor ofendida, indicó: “la (sic.) declaró en el debate que –al menos cinco ocasiones- el encartado la violó”. Luego de describir esos elementos de juicio el a quo indica el peso que tuvieron en la escogencia del monto de la pena impuesto: “Estos elementos de carácter puramente objetivo, al momento de cometer los hechos, son los que indiscutiblemente –a juicio del Tribunal- agravan el reproche para los efectos de la sanción a imponer”. Y más adelante reitera este criterio, indicando que el delito se ejecutó “en circunstancias que agravan la conducta, tales como: la comisión reiterada en la casa de la familia”. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que se describe en el artículo 365 del Código Procesal Penal, indica en forma imperativa que el fallo no puede tener por acreditados otros hechos que los descritos en la acusación. En el presente caso, el Tribunal dictó una condenatoria por un único delito de violación, a pesar de que la ofendida narró varios hechos que podrían constituir varios delitos (ver folio 482 in fine). Esto significa que la fundamentación de la pena debe estar referida únicamente al hecho por el cual fue condenado el encartado y que se calificó como un delito de violación. La referencia constante que se hace en la sentencia a otros hechos que desbordan el marco fáctico acreditado por el propio

Tribunal, indicando que esta pluralidad de acciones es la que justifica aumentar el extremo menor de la pena, es una forma de violar el principio de congruencia estipulado en el artículo 365 supracitado. Por lo tanto procede esta Sala a casar y anular parcialmente la sentencia, únicamente en cuanto al monto de la pena impuesto [...].

(S 200-06 de las 9:45 hrs. del 13-03-06 de la STC).

Síntesis del caso

La representación del Ministerio Público interpone un recurso de casación contra el fallo absolutorio dictado a favor de los imputados J.U.G.H. y G.R.R.P. por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos. Como uno de los motivos del fallo reclama errónea aplicación del principio de correlación entre acusación y sentencia. Sostiene que el tribunal de juicio, al momento de absolver a los acusados, indicó que existía un error esencial en la acusación, ya

que el oficial encubierto que participó en las investigaciones fue el número tres. Sin embargo, de la prueba documental se concluye que participaron los agentes encubiertos uno, tres y cinco, por lo que, a criterio del tribunal de juicio, no existe, correlación entre acusación y sentencia.

A juicio de la impugnante, tal error en la acusación no fue esencial ni de tal magnitud que incidiera en la labor de la defensa del imputado y no causaron perjuicio alguno pues con solo la comparecencia del agente encubierto cinco, se tuvo por demostrado el ilícito. Así mismo el error que indica el tribunal de juicio que fue esencial al no mencionar en la relación de hechos los número correctos de los agentes encubiertos que participaron fue un mero error material, pues no provocó un estado de indefensión para las partes ni tampoco modificó esencialmente la imputación.

En la acusación, se hizo referencia a las siguientes compras vigiladas realizadas todas en el 2004; SEGUNDO: el día 10 de marzo, la encartada G.R.R.P., por medio de un sujeto denominado Pablo, vendió al agente encubierto número CINCO una piedra de crack; QUINTO: el 2 de junio, el imputado J.U.G.H. vendió al agente encubierto número TRES una piedra de crack; SÉPTIMO: el 15 de junio de ese mismo año, el imputado G.R.R.P. le vendió al agente encubierto número TRES una piedra de crack (ver folios 137 y 235); OCTAVO: el 17 de junio, el imputado U.G.H. le vendió al agente encubierto número TRES una piedra de crack; NOVENO: el 21

de junio, la imputada R.P. le vendió al agente encubierto número TRES una piedra de crack (ver folios 138 y 235). La fiscal del Ministerio Público corrigió la pieza acusatoria únicamente en cuanto al hecho SEGUNDO, indicando que el agente encubierto que había participado en la compra controlada del día 10 de marzo era el número CINCO y no el TRES.

En cuanto a esos mismos hechos y continuando también con el orden allí establecido, **en el fallo se tuvo por demostrado:** SEGUNDO: el 2 de junio, el imputado G.H. le vendió al agente encubierto número CINCO una piedra de crack; CUARTO: el 15 de junio de ese mismo año, el imputado G.H. le vendió al agente encubierto número CINCO una piedra de crack; QUINTO: el 17 de junio, el imputado G.H. le vendió al agente encubierto número CINCO una piedra de crack; SEXTO: el 21 de junio, la imputada R.P. le vendió al agente encubierto número CINCO una piedra de crack. No se tuvo por demostrado que el día 10 de marzo, la encartada R., por medio de un sujeto denominado P., le vendiera al agente encubierto número CINCO una piedra de crack, y existió quebranto al principio de correlación entre acusación y sentencia.

El tribunal absolvió a los imputados porque estimó que había falta de correlación entre acusación y sentencia, al percatarse de que la hipótesis acusatoria se refería a ventas controladas realizadas por los imputados en el mes junio de 2004 –en su mayoría– y que en las mismas se indicó que se trataba del agente encubierto número TRES, cuando lo cierto es que –según quedó demostrado en el fallo– quien intervino en ellas fue el agente encubierto número CINCO. De esta forma, el tribunal, a pesar de haber tenido por acreditado el cuadro fáctico que da sustento a la acusación, dicta un fallo absolutorio, sosteniendo que si se acusó que el agente encubierto TRES era quien había participado en las compras vigiladas, resultaba incongruente tener por demostrado que quien participó fue el número CINCO.

¿Considera usted que lleva razón el tribunal? ¿Se estaría ante un caso de falta de correlación entre acusación y sentencia?

Decisión del tribunal

[...] es cierto que los lineamientos que ha girado esta Sala en torno a las posibilidades de modificación de la acusación, han tenido como punto medular la inalterabilidad de aspectos esenciales que puedan de alguna forma lesionar el derecho de defensa, valoración que debe

hacer el juzgador para cada caso en concreto. Aunque en este asunto el problema no versa sobre la modificación de la pieza acusatoria, lo cierto es que fue ese cambio el que llevó a concluir a los juzgadores que se vulneró el principio de correlación entre acusación y sentencia, pues –según su apreciación– no resulta procedente la corrección de esos aspectos sin lesionar el derecho de defensa. Sin embargo, **para este caso en particular, tal y como se ha expuesto a lo largo de esta resolución, la incongruencia referida no tiene la magnitud que le dieron los jueces de instancia, pues una diferencia únicamente relacionada con el número de agente encubierto, resulta insuficiente como para tener por modificado el cuadro fáctico en su esencia y consecuentemente, que se considere como lesión al derecho de defensa.** En el debate se contó con la declaración del “agente encubierto número 5”, quien llegó a reforzar el resto del material probatorio, lo que dio lugar a tener por demostrado –como en efecto lo tuvo el Tribunal- que él había participado en diferentes compras controladas y que los imputados participaron en las mismas. En este sentido, también se indica en el fallo: “ciertamente el testimonio del Encubierto Cinco está plenamente respaldado en la totalidad de las pruebas de folios 11 a 49, que incluyen los informes de policía, actas de requisa, actas de comprobación de venta de drogas, a las pruebas de campo, al resultado del allanamiento, a la identificación del billete empleado en la venta del operativo final, al hallazgo de dinero en efectivo y de 34 dosis de la misma sustancia prohibida que se vendió previo al allanamiento [...]” (cfr. folio 263). Para esta Sala, es claro que la Fiscal incurrió en un error material al momento de plantear la acusación, pues la actuación del encubierto número CINCO en relación con las ventas controladas del mes de junio, encontraba apoyo en toda esa prueba referida, así como también estaba respaldada la actuación del agente encubierto número TRES en la venta del día 10 de marzo. Posteriormente, incurre de nuevo en un error al momento de corregir la pieza acusatoria, pues la única compra en la que había participado el agente encubierto número TRES (la de fecha 10 de marzo, hecho segundo), fue precisamente la que corrigió, indicando –de manera equivocada- que había sido el agente encubierto número CINCO. No obstante, tales yerros –como se indicó líneas atrás– no tienen la fuerza de invalidar la acusación ni de crear menoscabo en el derecho de defensa al no alterar la esencialidad del marco fáctico que integra la acusación. En general,

la hipótesis fáctica que plantea el Ministerio Público, si bien debe ser lo más clara, precisa circunstanciada y específica posible, no deja de ser un supuesto que lanza el órgano requirente una vez que tiene un grado de probabilidad con relación a los hechos investigados y a su respectiva autoría. Precisamente por esa razón, es que no resulta acertado pretender que exista identidad absoluta en cuanto a todos los detalles que únicamente –y muchas veces, sólo de manera eventual– pueden obtenerse gracias al contradictorio. En virtud de lo expuesto, el reclamo que plantea el ente acusador, resulta pertinente y el recurso debe declararse con lugar, ordenándose el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho.

(S 220-06 de las 10:00 hrs. del 17-03- 06 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado F.C. interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a cuatro años de prisión por el delito de tentativa de robo agravado. Como uno de los motivos del recurso refiere que se produjo una violación al principio de correlación entre acusación y sentencia, por cuanto, se acusó que F.C. ingresó a la vivienda de la ofendida “*para lo cual procedió a forzar y fracturó el picaporte de la puerta trasera de la vivienda*”.

No obstante, señala la defensa que los juzgadores introdujeron un elemento no contemplado en la acusación, al tener como hecho probado que el imputado forzó y fracturó el picaporte “*arrancando el pasador de la puerta trasera de la vivienda*” sin que ninguno de estos dos últimos elementos los contenga la pieza acusatoria que es rebasada *ex officio* por el tribunal, en franca lesión al derecho de defensa. Afirma que en realidad el tipo penal refiere que el robo se agrava si se comete mediante fractura o perforación de una pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana y no de un llavín, pasador o aldaba. Estima el impugnante que el fiscal lo que debió acusar fue la fractura de la puerta para ingresar a la vivienda y no la fractura del picaporte y, al incurrir en ese error en la acusación, se imposibilita no solo corregirlo a esta altura procesal, sino condenar al acusado por robo agravado.

¿Considera usted que se dio en la especie una infracción al principio de correlación entre acusación?

Decisión del tribunal

Contrario a la opinión de quien recurre, el desarrollo de las características de la puerta, en este caso, como medio defensivo, del picaporte como una defensa que forma una unidad con aquella y de que su fractura implica la de la puerta y por ende, configura la agravante del inciso 1° del artículo 213 del Código Penal, no son aspectos que la acusación deba desarrollar, pues forman parte de la interpretación y fundamentación jurídica de los hechos. La acusación sí debe describir, en cuanto a ello, el tipo de fuerza empleada y el objeto en que recayó, los daños ocasionados y la forma en que se materializó el ingreso al lugar habitado o sus dependencias, así como los objetos sustraídos o que se pretendieron sustraer, además, obviamente, de los referentes necesarios de ubicación espacio temporal en que se desarrollaron los eventos y todo ello constituye precisamente esa riqueza fáctica del hecho a juzgar. Y resulta que en el caso concreto la imputación detalla expresamente que el acusado fracturó el picaporte de la puerta trasera de la vivienda y ello le permitió el ingreso a la misma. Según el recurrente, como la imputación no señala que lo fracturado fue la puerta, sino el picaporte, la acción así descrita no configura la agravante del robo. Sin embargo, esta opinión no es compartida por la Sala pues es claro que el picaporte es parte integral de la puerta y tiene su significado como defensa porque es parte de su estructura, pues no está en el aire, no se le considera por sí mismo y su fractura implica indiscutiblemente la de la puerta, de cuya unidad funcional es parte. Tan claro es ello, que se describe cómo se fracturó el picaporte de la puerta trasera de la vivienda, es decir, la fractura se dio en esta puerta, aspectos que contrario a lo que aduce quien recurre sí los contiene la acusación. Como parte de los hechos probados, el Tribunal delimitó además que el picaporte se fracturó y se desprendió el pasador, aspecto que el impugnante señala como esencial y que, al ser incluido, lesiona la congruencia entre acusación y fallo. Sin embargo, ese aspecto que se logra precisar luego del contradictorio, tan solo viene a añadir mayor detalle a la forma en que se fracturó la puerta y que esencialmente ya estaba descrita en la imputación, de modo que lejos de rebasar el marco fáctico, lo complementa y precisa sin que le añada algún elemento determinante en la calificación, pues los necesarios ya estaban descritos, como se expuso.

(S 326-06 de las 9:05 hrs. del 28-04-06 de la STC).

Síntesis del caso

El sentenciado M.L.H.CH. interpone un recurso de revisión contra el fallo que lo declaró autor responsable de cinco delitos de abusos deshonestos calificados, cometidos en perjuicio de su hija A.M.H.D., por los que se le impuso una pena de cuatro años de prisión por cada ilícito, monto que en aplicación de las reglas del concurso material, se redujo a doce años de pena privativa de libertad.

El tribunal tuvo por acreditado que, sin precisarse la fecha exacta, pero desde 1989 —cuando la ofendida contaba con once años de edad—, el justiciable comenzó a abusar sexualmente de ella, aprovechando cuando esta se encontraba acostada en su cama y en horas de la noche o de la madrugada, se acostaba junto a ella y le tocaba las piernas y sus órganos genitales después de bajarle el calzón. Concluyó el aquo que dicha acción se repitió en más de cinco ocasiones, y en algunas oportunidades, el sentenciado le pidió a la menor que le tocara el pene y que una vez intentó colocárselo en la vagina. Tales hechos, esencialmente se acreditaron con base en el dicho de la agraviada (el cual, según consta en el fallo, le mereció plena credibilidad a los juzgadores) y, a su vez, fue respaldado por las declaraciones de N.A.G. y R.V.M. En lo que interesa, en su declaración, la afectada manifestó que: “[...] *No podría decir cuantas veces pasó esto, pero sí podría decir que fueron más de cinco veces y casi todos los días. Esto pasó desde los diez a los doce años, fueron muchas veces que me hizo esto, casi todos los días [...]*” (ver folio 103 frente).

Con base en tal relato, los jueces acreditaron cinco delitos por ser el número de veces que la ofendida indicó inicialmente. La acusación del Ministerio Público acusó dos delitos: 1) “[...] *En ese tiempo indicado en el anterior hecho el acusado en horas no específicas de la noche y también en la madrugada como también se indicó, en muchas ocasiones ingresó al dormitorio de la ofendida y dirigiéndose a la cama donde ella se encontraba acostada le tocó la vagina encima de su braga, luego le introdujo la mano por debajo de esa prenda íntima e impudicamente le tocó su órgano sexual pretendiendo meterle el dedo pero la ofendida no se dejó [...]*” (ver folio 49), y 2) “[...] *en varias ocasiones no se sabe cuántas el justiciable le colocó el pene encima de la vagina a la ofendida también en dicho dormitorio pero no se lo introdujo, después de que el justiciable le quitaba la braga a la ofendida [...]*”.

Decisión del tribunal

[...] observa esta Sala, que tal razonamiento resulta arbitrario y lesiona el debido proceso del sentenciado, concretamente su derecho de defensa, porque si bien resulta ser cierto, del relato de la agraviada era factible derivar que existió una reiteración de la conducta ilícita desplegada por H.CH. en su perjuicio, era incorrecto concluir que en este caso concreto se dieron cinco abusos deshonestos. Lo anterior, porque en la acusación (concretamente, en el punto segundo de la relación de hechos), solo se describen dos acciones, aunque se indique que los ilícitos cometidos en perjuicio de la menor se dieron en varias ocasiones. Una, consiste en que: “...En ese tiempo indicado en el anterior hecho el acusado en horas no específicas de la noche y también en la madrugada como también se indicó, en muchas ocasiones ingresó al dormitorio de la ofendida y dirigiéndose a la cama donde ella se encontraba acostada le tocó la vagina encima de su braga, luego le introdujo la mano por debajo de esa prenda íntima e impúdicamente le tocó su órgano sexual pretendiendo meterle el dedo pero la ofendida no se dejó [...]” (ver folio 49), y la otra, alude a que: “[...] en varias ocasiones no se sabe cuántas el justiciable le colocó el pene encima de la vagina a la ofendida también en dicho dormitorio pero no se lo introdujo, después de que el justiciable le quitaba la braga a la ofendida [...]”, lo que se ajusta a los hechos segundo y tercero tenidos por ciertos, según se observa a folio 102 vto. En virtud de lo expuesto, procede declarar con lugar la gestión planteada. De esta manera, tratándose de un procedimiento de revisión y no siendo viable enmendar los defectos de la pieza acusatoria respecto a la cantidad de delitos cometidos por el sentenciado, se recalifican los hechos a **dos delitos de abusos deshonestos calificados cometidos en concurso material en perjuicio de A.M.H.D.** Se mantiene la pena de cuatro años de prisión impuesta por el a-quo por cada delito y, en consecuencia, se disminuye el monto total a ocho años de prisión. Excepto por la modificación señalada, el fallo de mérito se mantiene incólume.

(S 353-06 de las 9:15 hrs. del 03-05-06 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor del imputado M.M.M. plantea un recurso de casación contra la sentencia que condenó a su representado a ocho años de prisión por infracción a la Ley de Psicotrópicos. Alega quebranto al principio de correlación entre lo que se acusó y lo que se acreditó en sentencia. Solicita que se case la sentencia y se ordene el reenvío al tribunal de origen para su nueva sustanciación. Estima que se condenó a su representado *con base en una nueva y sorpresiva acusación*, a pesar de la objeción formulada por los defensores de los imputados, que ya desde la audiencia preliminar había manifestado su oposición a la acusación. Señala que el tribunal interpretó erróneamente la jurisprudencia nacional y la normativa procesal, pues si bien se pueden hacer correcciones o ampliar la acusación, no está autorizado el cambio total de esta, por lo que no debió permitir que el Ministerio Público presentara prácticamente una nueva acusación en el debate.

En la acusación original, solo se explicaba que se había obtenido información sobre la ilicitud que se endilgó y que se realizaron intervenciones telefónicas, vigilancias y seguimientos, y se logró decomisar droga, pero sin concretarse las acciones que cada uno de los justiciables realizó de manera individual.

Sin embargo, ya durante el debate, ante las objeciones que presentaron de nuevo los defensores de los imputados, luego de leer la acusación, el representante del Ministerio Público, con la autorización del tribunal de juicio y admitiendo que los elementos constitutivos del delito en esta oportunidad estaban presentes tan solo en forma genérica, **presenta una nueva acusación** donde se describe un cuadro fáctico totalmente distinto al que en un inicio se formuló para solicitar la apertura a juicio en la causa, individualizando y describiendo, ahora sí, hechos constitutivos de delito, y de esta forma, se le condenó.

¿En su criterio, era procedente la reformulación de los hechos acusados en el debate?

¿Considera que se infringió el principio de correlación entre acusación y sentencia?

Decisión del tribunal

*Este proceder, sin duda alguna, contraviene el debido proceso y el derecho de defensa, pues si bien esta Sala ha admitido la posibilidad de corregir la acusación en debate, conforme se dijo en el voto **No. 984** de las 10:30 horas del 31 de octubre del año 2003, también ha*

dicho que estas correcciones tienen límites, tal y como lo señaló en el voto **No. 1211** de las 10:05 horas del 22 de octubre del año 2004, o bien, en el voto **No. 965** de las 9:50 horas del 13 de agosto del año 2004. Bajo esta tesitura, y en especial atendiendo lo resuelto en estos últimos pronunciamientos sobre los límites que existen en cuanto a la corrección o ampliación de la requisitoria fiscal, si en la acusación [...] se describía de manera genérica la supuesta existencia de un tráfico internacional de cocaína, sin establecer en concreto en qué consistía la conducta y responsabilidad de cada uno de los imputados en esta ilicitud [...] el actuar del Ministerio Público al solicitar en debate la aplicación del artículo 348 para corregir algunos errores en cuanto a las conductas que realizaron y la distribución de tareas que les correspondía a cada uno de los imputados en estos hechos [...] incluyéndose con esto los elementos configurativos del delito, **resulta del todo arbitraria e ilegal**. No se está ante una simple corrección de errores materiales o de inclusión de circunstancias sin relevancia para efectos de la defensa, es decir, meramente formales, como lo afirma el representante del Ministerio Público en la audiencia oral o vista celebrada en esta sede (ver folio 1347 vto.), sino que lo que realiza es una nueva acusación contra los justiciables [...] suplantándose la anterior. En otras palabras, se sustituye sustancialmente la acusación que se les endilgó por parte de la licenciada [fiscal auxiliar] y se introduce por parte del licenciado [fiscal auxiliar], una nueva relación de hechos; la cual incluso había preparado antes de que se iniciara al debate, pues el documento que la contiene se agregó materialmente en el expediente el mismo día en que este último inició (así folio 662 y siguientes, antes del acta de juicio), incluso con fecha 8 de setiembre del año 2004 (ver folio 670). Esta situación además, en criterio de esta Sala, resulta ser de suma importancia para el caso, toda vez que se aprecia cómo, con anticipación, el representante del Ministerio Público sabía que la solicitud de apertura a juicio de folios 496 a 501 del Tomo III, tenía serios defectos al no describir los hechos concretos constitutivos del delito por el que se acusaba a la mayoría de los imputados [...], y por ello, ante una eventual oposición de la defensa, como en efecto sucedió, ya tenía preparada una nueva que vendría a suplantar la inicial. Por lo anterior, la supuesta corrección de errores a la que se refiere el fiscal auxiliar [...] en debate, al solicitar aplicar el artículo 348 del Código Procesal Penal, según lo que consta en el acta de debate

de folio 675 del Tomo IV del expediente, no es una simple corrección material o una inclusión circunstancial de poca trascendencia, sino que constituye un cuadro fáctico diferente que pasa de una referencia genérica del delito de tráfico internacional de drogas (prevista en un folio y algunas líneas más), a la descripción de una serie de conductas concretas y específicas realizadas por cada uno de los imputados que no habían sido contempladas en la requisitoria fiscal con la que se convocó a la audiencia preliminar y a debate (ahora en cinco folios). Se está así, no solo ante un **quebranto al principio de congruencia que debe existir entre lo que se acusa en un primer momento y lo que se resuelve al final en sentencia**, sino también ante **una evidente deslealtad procesal en el actuar de los representantes del ente acusador**, amparada por el Tribunal de Juicio, que es sorpresiva para las otras partes y que **los coloca en un estado de indefensión**, lo cual no se puede subsanar con la simple suspensión de debate por diez días, pues una cosa es ser informado y convocado a juicio para prepararse, pasando por las diferentes diligencias y etapas que se ocupan para ello, y otra que, ya en pleno debate, por un criterio antojadizo, arbitrario y sorpresivo del titular de la acción penal, se les informe a los interesados que el cuadro de hechos que se va a juzgar es otro y no el que habían conocido y discutido previamente. Toda esta situación, sin duda alguna, como ya se adelantó, constituye el defecto que se acusa, toda vez que el Ministerio Público no podía suplantar la acusación inicial por una totalmente distinta, ya que esto no constituye ni la ampliación de la requisitoria fiscal que se prevé en el artículo 347 de la normativa procesal penal, ni la corrección de errores o inclusión de circunstancias que se prevé en el numeral 348 de esta misma normativa (conforme se indica en los votos **No. 965-2004** y **No. 1211-2004**). Con este proceder se violenta, en consecuencia, no solo el principio de congruencia entre lo acusado y lo resuelto, sino también el derecho de defensa y el debido proceso.

(S 375-05 de las 10: 00 hrs. del 06-05-05 de la STC).

Síntesis del caso

La defensa del imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia que lo condenó a doce años de prisión por el delito de tentativa de homicidio. Como

uno de los motivos, alega violación al principio de correlación entre acusación y sentencia, en virtud de que el Ministerio Público formuló dos acusaciones diversas que resultaban contradictorias entre sí, dado que la principal establece que el imputado disparó a la víctima con la intención de darle muerte, y la segunda señala que los disparos fueron hechos con la intención de lesionar, por lo que se violó su derecho de saber a qué atenerse y cómo estructurar su defensa. Esto significa, en su criterio, que el Ministerio Público no concretó el hecho atribuido y que los jueces que han intervenido, tanto en la etapa intermedia, como en debate, no ejercieron el control oportuno de esta actuación que ha lesionado el derecho de defensa. Estima el impugnante que si se llega a juicio con dos acusaciones implica que no se concretó el hecho por juzgar para ejercer la defensa.

¿En su criterio, se ha visto lesionado el derecho de defensa del imputado?
¿Considera que existe una infracción al principio de correlación entre acusación y sentencia?

Decisión del tribunal

Según los principios que informan el Código Procesal Penal vigente, la apuesta cada vez mayor por el sistema acusatorio lleva a delimitar con claridad el papel del acusador –sea éste público o privado– y a estructurar la imputación en forma concreta y precisa. A fin de que no sólo sean claras las reglas del juego y se cumpla con el deber de lealtad y de litigar de buena fe, siempre orientados por el sistema acusatorio, sino en resguardo del derecho de defensa, que es esencial dentro del esquema procesal, se permite al acusador formular una acusación alternativa o supletoria, es decir, una segunda acusación que entra en “subsidio”, una segunda opción o enfoque jurídico del cuadro fáctico, para permitir que el imputado tenga claras las reglas del juego, pero además, para delimitar la estrategia del acusador, según las resultas del juicio y la prueba que sea posible recabar en la audiencia oral. Así, ningún menoscabo sufre la defensa con la proposición de dos “opciones” de encuadre típicos, dos hipótesis de calificación jurídica de los hechos, que el Ministerio Público pone expresamente en su conocimiento y sustenta de manera adecuada, por lo que ni esconde hechos o prueba, menos aún estrategias, porque el imputado y su defensa conocen cuál es la pretensión principal a probar por el Ministerio Público –la acusación principal– pero también

cuál es la segunda carta que juega en caso de que no logre acreditar la primera, siempre sobre la base del mismo cuadro fáctico y, en todo caso, poniendo hechos y prueba en conocimiento oportuno y directo del acusado y su defensor. Así, el numeral 305 del Código Procesal Penal señala: “En la acusación el Ministerio Público o el querellante podrán señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar su correcta defensa”. Todas las pretensiones del Ministerio Público respecto de los hechos que acusa, son puestas en conocimiento del imputado. Acusación principal y alternativa se trasladan y ponen en conocimiento de éste y su defensa y se discuten en la audiencia preliminar, de manera que el objeto del juicio queda así delimitado, en dos propuestas de calificación jurídica, con sus implicaciones. Ninguna lesión al derecho de defensa existe en ello y, por el contrario, como la propia norma de cita lo señala, es en su garantía y para evitar precisamente “sorpresas” como resultado del juicio, que impliquen desventajas o menoscabos a la posición jurídica del acusado, aún cuando se trate de una variación que implique aplicar una calificación jurídica menos gravosa, pero que no fue contemplada por la defensa y su estrategia. [...] Así las cosas, si los hechos probados se apegan en lo medular a una u otra de las hipótesis formuladas por el acusador, no existiría vicio alguno de correlación como el que se plantea. En el caso concreto, el fallo acredita la acusación principal, de manera adecuada y con sustento suficiente, lo que implica el rechazo de las alegaciones que se formulan.

(S 463-06 de las 09:25 hrs. del 23-05-06 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor de los imputados A.S.J. y J.M.S.S. plantea un recurso de casación contra la sentencia que los condenó a treinta años de prisión por los delitos de homicidio calificado y robo agravado. En el segundo reclamo, se acusa *violación al derecho de defensa*. Considera el recurrente que la pieza acusatoria en el punto 5) establece como manera de muerte la caída por el “guindo”, sin describir allí el uso de arma, pero en los hechos probados se introduce uno nuevo, no descrito en la acusación, el cual es el uso de un arma con la que se golpeó al imputado para lanzarlo al precipicio. Agrega que la acusación no es clara, precisa

ni circunstanciada, lo cual impidió ejercer debidamente la defensa. Afirmar que una descripción ambigua, como la de la pieza acusatoria, fue llenada luego de manera antojadiza, introduciendo un nuevo elemento que resulta sorpresivo y atenta contra el principio de seguridad jurídica, en vista de que al encausado se le debe intimar el hecho acusado, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, sobre las cuales se planeará la defensa, hecho que deberá guardar correlación con el que se tiene por probado.

¿Considera que debió corregirse la acusación? ¿Estima que se produjo una lesión al principio de correlación entre acusación y sentencia?

Decisión del tribunal

La finalidad de la disposición contemplada en el artículo 365 del Código Procesal Penal, que señala que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querella, es garantizar el efectivo ejercicio de la defensa. Trata de tutelar que el imputado no sea sorprendido en el fallo, con la introducción de hechos que no le habían sido imputados, y de los que por tanto no tuvo posibilidad de defenderse. La diferencia entre lo acusado y lo probado, para que afecte el derecho de defensa, debe recaer en elementos esenciales de la acción imputada. Como es en la etapa de debate, cuando se produce la prueba con la que se dictará la sentencia, prueba que se somete al contradictorio, es en ese momento que, a través de ella, se reconstruye el hecho acusado, con todas las circunstancias que le rodearon. Es por ello, que el elenco de hechos probados puede contener una mejor descripción de la conducta ilícita, sin que ello signifique un quebranto a la correlación entre acusación y sentencia, la cual, como se dijo, requiere que la modificación verse sobre aspectos esenciales de lo acusado, y que afecten el ejercicio de la defensa. En el presente caso, el recurrente no concreta cuál fue el perjuicio sufrido con el vicio que acusa, en qué afectó la modificación, el ejercicio de la defensa. A ambos imputados se les acusó, y se les condenó, por haber dado muerte al ofendido, dolosamente, para lograr consumir la sustracción de su vehículo y los bienes que dentro de él se encontraban. En razón de las características del lugar en el que fue lanzado el ofendido: precipicio con caída libre, casi perpendicular, de aproximadamente 250 metros, según la acusación y la sentencia, es

claro que, tanto si se le empujó para que rodara por el precipicio, como si primero se le golpeó en la cabeza y luego se le lanzó al abismo, la intención era acabar con su vida, en vista de que lo habían despojado del auto y otros bienes. Los acusados han venido manifestando que ellos se limitaron a ayudar a unos desconocidos a empujar el automóvil, y que como no lo pudieron sacar del atascadero, los otros se fueron a buscar una grúa mientras ellos cuidaban el vehículo; afirmaron haber sido llevados al lugar, cuando ya el automotor se encontraba subido en la lomita, y precisamente para que ayudaran a moverlo. Se observa, que el ejercicio de la defensa no se vio afectada con la mayor precisión que en el fallo se hace de lo acontecido, pues en una o en otra situación se establece la intención de causar la muerte del ofendido, en vista de las condiciones del lugar en que la víctima fue lanzada, y los encartados siempre han negado su participación en los hechos acusados. Por lo indicado, sin lugar el reclamo.

(S 503-06 de las 9:00 hrs. del 02-06-06 de la STC).

Síntesis del caso

El defensor del imputado J.A.C.R. formula un recurso de casación contra el fallo que condenó a su defendido por un delito de homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal, un delito de homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal, concurrentes entre sí en la modalidad material en perjuicio de R.M.M.B. Y G.A.E., y que impuso la pena de veinticinco años de prisión por cada concurso ideal para un total de cincuenta años de prisión. Reclama como primer motivo, la falta de correlación entre los hechos que el tribunal tuvo por demostrados y los que acusó el Ministerio Público. Alega que el tribunal varió la descripción del arma que fue utilizada por el imputado para dar muerte a los dos ofendidos y resulta que en un homicidio tiene "*suma relevancia*" el arma que se haya utilizado, de modo que no es un aspecto que el tribunal puede variar.

La acusación describe que el encartado dio muerte a los ofendidos utilizando una pistola marca Lorcín, calibre 25, serie 283876, y los hechos que se tienen por demostrados señalan que utilizó un revólver marca MGE, calibre 22 corto, serie número 164302. Expone quien recurre que la acusación fue llevada a la audiencia preliminar sin que se efectuara corrección alguna. Agrega que se leyó en debate de igual forma sin que fuera modificada, de manera que el tribunal no podía variar

oficiosamente un aspecto esencial como el apuntado que obliga, por el contrario, a absolver al imputado, pues el arma que se detalla en la acusación no fue la utilizada en los homicidios. Además no se trata de la simple mención del arma, sino que la acusación presenta todas las características de la supuestamente utilizada en los hechos, lo que hace más grave el proceder del tribunal. La pretensión de la defensa es que la sala absuelva a su representado.

El Ministerio Público le atribuyó al imputado haber dado muerte a G.A.E. el 11 de febrero de 2004, un taxista al que abordó en Heredia centro y a quien le solicitó un servicio, a sabiendas de que su intención era acabar con su vida y sustraerle las joyas que portaba. Cerca del mediodía, una vez dentro del taxi y en la fecha señalada, le solicitó el traslado hasta Alajuela y en un sitio cercano al Mall Internacional Alajuela, sobre la radial, le disparó *con una pistola marca Lorcin, serie 283876*, a la altura de la nuca y le seccionó el tallo cerebral produciéndole la muerte en forma inmediata. Una vez que dio muerte al ofendido, le sustrajo varias joyas que este portaba, así como un teléfono celular y huyó del sitio, abandonando el taxi, y el cuerpo de su víctima quedó dentro del vehículo.

A su vez, se atribuyó que, con el mismo modo de operar, el 27 de febrero de ese mismo año, abordó en Heredia el taxi conducido por R.M.B., a quien le pidió que lo trasladara hasta Turrúcares de Alajuela y, al llegar al lugar conocido como Cebadilla, le disparó con intención homicida en dos oportunidades a la altura del cuello, *con una pistola marca Lorcin, calibre 25, serie 283876*, la cual se afirma que es la misma arma utilizada en el primer hecho que le provocó la muerte en forma inmediata. Una vez hecho esto, se apoderó de las joyas que la víctima portaba y huyó del sitio y se internó en la propiedad de la planta Hidroeléctrica Ventanas de La Garita, del Instituto Costarricense de Electricidad, donde aproximadamente seis horas después del homicidio, es sorprendido por el ingeniero C.M.M.S., quien lo trasladó hasta la casetilla principal de seguridad, porque su presencia en el sitio era sospechosa, además de que lo encontró mojado y sucio y ya tenían noticia del homicidio. Al comunicarse con las autoridades judiciales, estas se apersonaron al sitio y lograron decomisarle al imputado el arma homicida, así como las joyas que portaba su víctima reciente, don R.M.B., razón por la cual quedó detenido.

El tribunal, en los hechos demostrados, mantiene el mismo cuadro fáctico excepto en cuanto a la descripción del arma, pues la que se utilizó en los homicidios que era la que se le decomisó al acusado al momento de su detención, no era la pistola Lorcin que la acusación describió, sino un *revólver marca EMGE modelo*

22 Ks, calibre 22 corto, número de serie 164302. En efecto, según el acta de requisa y secuestro de folios 11 y 12, así como el resultado de los dictámenes periciales número 2004-0463-BAL, 2004-365-BAL y 2004-0568-BAL, 2004-0569-BAL y 2004-365-BAL de folios 83 a 86, 100 a 103 y 172 a 176 respectivamente, al imputado se le decomisó un revólver marca EM GE modelo 22 Ks calibre 22, serie número 164302, de cuyo análisis comparativo con las balas recuperadas de los cuerpos de ambas víctimas, resultó ser el arma homicida. Estas pruebas así como el decomiso del arma fueron oportunamente puestas en conocimiento del acusado y su defensor. A pesar de que la acusación describió que el arma homicida era una pistola marca Lorcin con las características antes señaladas, se ofreció como evidencia material en la misma pieza acusatoria y dentro del acápite correspondiente a la prueba, el revólver que se decomisó al imputado. El hecho cuarto de la imputación narró que al imputado, al ser detenido, se le decomisó el arma homicida, sin dar sus características, a pesar de la descripción hecha en los apartes anteriores. El arma que se describió en la acusación efectivamente formó parte de las constancias del proceso, pero no como arma homicida, sino como aquella que pertenecía al ofendido R.M.B. y que se halló en la guantera del taxi que conducía cuando el acusado le dio muerte.

¿En su parecer, la modificación en las características del arma produce un vicio de falta de correlación? ¿Cómo estima que debió procederse?

Decisión del tribunal

*[...] de un análisis serio de lo ocurrido, estima la Sala que la variación que el Tribunal hizo de ese aspecto, **no quebranta en este caso concreto y por las características expuestas que lo rodean, el principio de correlación entre acusación y fallo. En primer lugar el núcleo fáctico esencial que se atribuyó a Castro Rojas se ha mantenido incólume:** su conducta de dar muerte a dos víctimas por el disparo de un arma de fuego, hecho con intención homicida en ambos casos a la altura del cuello y para facilitar la sustracción de las joyas que portaban. Las características del arma en este caso concreto no resultan relevantes, **porque no modifican la conducta desplegada por el acusado para dar muerte a sus víctimas, que es el núcleo central de la acusación por el homicidio en este caso.** Es decir, se atribuyó al imputado dar muerte a sus víctimas por un disparo hecho de contacto y a la altura del cuello, con características tales que permitió la recuperación de los*

plomos en el cuerpo de los ofendidos. Para tales efectos, la diferencia en el arma no resulta trascendental, porque el poder ofensivo y letal de la pistola calibre 25 y del revólver calibre 22 es esencialmente el mismo por la forma en que fue utilizada en este caso y lo más importante, la dinámica del hecho y de la conducta desplegada por [el imputado] según la acusación y el fallo, permanece idéntica se trate del revólver o de la pistola. Las lesiones ocasionadas a las víctimas y, se insiste, la dinámica desplegada por el imputado para cometer los hechos, es la misma aún cuando se hable de pistola o de revólver en este caso. La forma de utilización del arma no varía en lo absoluto si se describe una pistola o un revólver **por las características particulares de este caso**. Adicionalmente, el imputado y su defensor siempre han conocido la existencia del revólver como el arma homicida, pues se le decomisó a [el imputado], se analizó balísticamente y se comprobó que era el arma homicida y los resultados de estas pruebas son de dominio de la defensa. Estas pruebas y la propia arma fueron ofrecidas y admitidas para al debate. Finalmente, su errónea descripción en la pieza acusatoria tiene un origen además conocido para las partes, a saber el equivoco y el error del fiscal de confundir el arma de una de las víctimas con el arma homicida. Por eso, en este caso concreto, ni es sorpresiva, ni es esencial, ni provoca indefensión alguna la circunstancia de que los juzgadores hayan variado el tipo de arma utilizada en el homicidio, de manera que no se da el vicio de falta de correlación que se alega que fue tan claramente conocido por la defensa técnica del acusado y que de tratarse de un error material, tampoco da sus conclusiones del debate argumentando que el arma homicida, según la acusación no coincidirá a la decomisada a su defendido. Y se hace énfasis en que es por las particulares características de este caso, porque no puede generalizarse que la variación del tipo de arma sea un aspecto intrascendente que pueda ser modificado por los juzgadores o por el propio Ministerio Público en cualquier caso y sin consecuencia alguna. Piénsese por ejemplo en que se atribuya en la acusación un homicidio en el que se describa la utilización particular de una determinada arma con características especiales por su poder ofensivo o por su dificultad de uso -un fusil de asalto o un arma semiautomática de disparo en serie o ráfagas, por ejemplo- y luego resulta del juicio que el arma fue otra que no reúne esas condiciones. Es evidente que la dinámica del hecho por esa razón necesariamente variaría e incluso las propias lesiones de las

victimias y entonces, ya no sería tan irrelevante el cambio. O piénsese en un homicidio que se atribuye por uso de arma blanca y se condena por haber sido ocasionado por arma de fuego. Aquí no sólo el desequilibrio resultaría evidente—aunque se trate en ambos casos del mismo resultado muerte— porque la descripción misma de la dinámica de los hechos, de la conducta del acusado, no podrían mantenerse iguales, de manera que la solución no puede generalizarse y menos aún podría afirmarse que el cambio del arma no tiene importancia porque es claro que es un elemento que puede resultar determinante en algunos supuestos. Sin embargo y por lo dicho, ello no ocurre en este asunto. No ha habido variación alguna en cuanto a la descripción esencial y necesaria de la conducta del acusado, que permita la aplicación de la ley penal; tampoco se ha generado indefensión alguna ni ha habido desequilibrio procesal. Y si bien es cierto no existe para la defensa ningún deber de evidenciar el yerro, porque esa tarea le corresponde al Fiscal, que debe formular de manera clara y correcta la imputación y eventualmente al juez de la etapa intermedia, que en este caso tampoco advirtió el error, lo cierto es que no podría argumentarse que los elementos han sido sorprendidos porque las constancias del proceso han sido claras desde un inicio y explican la confusión que, como se indicó, no ha causado perjuicio real alguno para la defensa de [del imputado] y que, valga decir, tampoco la concreta el impugnante. No se obvia que el error es serio e inexplicable, pero lo cierto es que no generó afectación alguna al derecho de defensa y en tales condiciones, la falta de correlación no se da.

(S 574-05 de las 8:55 hrs. del 10-06-05 de la STC).

3.9 DERECHO A RECURRIR DEL FALLO

Si bien la Constitución Política no establece expresamente el derecho a recurrir del fallo judicial en ninguna materia, sí lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, párrafo 2), inciso h), donde incluye como uno de los derechos básicos del imputado, el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. De igual modo lo establece el artículo 14, inciso 5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto indica que “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

Conforme habíamos señalado, el régimen de derechos fundamentales está compuesto no solo por los derechos y garantías previstos en la propia Constitución, sino también por los contemplados en los diversos tratados e instrumentos de derecho internacional, los cuales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 48 de la Constitución Política y 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se entienden incorporados a nuestra Constitución Política, incluso con valor superior a esta, en cuanto conceden más derechos y mejores garantías¹³⁹.

De manera que el derecho a recurrir el fallo es una garantía más que se reconoce no solo al imputado, sino también a la víctima del delito,¹⁴⁰ a través del Ministerio Público o en forma directa, cuando se ha constituido en querellante.

139 Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional, al señalar:

"En tratándose[sic] de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a los derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución. (vid. Sentencia No. 3435-92 y su aclaración No. 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años."(Sala Constitucional, Voto 2313-95).

140 Sobre el reconocimiento del derecho de la víctima a impugnar la sentencia, la Sala Constitucional en la sentencia 5751-93 de las 14:39 hrs. del 9-09-93, declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales que condicionaba el derecho de recurrir en casación del actor civil a los casos en que a su vez el Ministerio Público haya recurrido. En dicha sentencia, se señaló que debían tomarse en consideración, las nuevas tendencias mundiales que pretendían rescatar el papel de la víctima y el damnificado en el procesal penal, a través de mecanismos que les permitieran defender sus intereses, aún en sustitución del Ministerio Público, en los casos en que este estimara que no debía continuarse con la investigación –por razones de oportunidad o legalidad– y que por ello, en atención a los fines de la justicia constitucional, debía buscarse la solución más justa que atendiera al respeto de la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, razón por la cual se resuelve en el sentido de que debía concederse a la víctima u ofendido la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendientes a lograr la defensa de sus intereses, declarándose que la limitación contenida en el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales era inconstitucional por ser contraria al artículo 41 de la Constitución. Por las mismas razones, mediante la sentencia número 5752-93 se anuló la limitación contenida en el artículo 328 del Código de Procedimientos Penales que impedía al actor civil recurrir del auto que decretaba la prórroga extraordinaria de la instrucción. En la sentencia 1193-95 de las 9:18 hrs. del 3-03-1995, ante una consulta formulada por la Sala Tercera de la Corte, referente a las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación, la Sala Constitucional anula dichas limitaciones considerando que dentro del conjunto de órganos que intervienen en el proceso penal, el Ministerio Público es el que cuenta con las condiciones necesarias para asumir un rol frente a la víctima y realizar acciones para defender sus derechos e intereses y que, en este sentido, al negarle el derecho de recurrir, se estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como bien señala Daniel R. Pastor¹⁴¹, todas las acciones y decisiones humanas llevan en sí el peligro del error. Esta posibilidad de error en las sentencias y procedimientos penales acarrea gravísimas consecuencias por encontrarse en juego los bienes e intereses más preciados del ser humano.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla como medio de impugnación de la sentencia penal el recurso de casación, el cual, según señaló la Sala Constitucional desde 1990, cumple con la exigencia del derecho a recurrir la sentencia, siempre y cuando no sea regulado, interpretado o aplicado con rigor formalista:

[...] considera la Sala que la norma invocada, artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley No. 4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior. Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención, se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2°.

(S 282-90 de las 17:00 hrs. del 13-03-1990 de la SC).

141 Pastor, Daniel R. La nueva imagen de la Casación Penal. Primera Edición, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2001, p. 207.

[...] la Sala considera que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso. (S 719-90 de las 16:30 hrs. del 26-06-90 de la SC).

Este criterio jurisprudencial reiterado en varios fallos dio origen a toda una transformación en las tesis de admisibilidad de la Sala Tercera de la Corte, donde surgen una flexibilización y desformalización en la admisibilidad de los recursos y se llega a reconocerse el principio de la apertura de la casación, según el cual deben removerse todos los obstáculos formales que impidan examinar un reclamo de alguno de los sujetos del proceso, ante una posible violación de sus derechos fundamentales, lo cual debe estar por encima de la mera legalidad exclusivamente ritual¹⁴².

También estableció la Sala Tercera el principio de la justicia del caso concreto, según el cual -a pesar de que tradicionalmente se afirmara que la casación tenía como fin uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, como consecuencia de su origen histórico-, los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional.

A pesar de esa tendencia de apertura del recurso, se interpuso una demanda contra Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte del periodista M.H.U., quien había sido condenado en una causa penal. Alegó, entre otros motivos, que el Estado costarricense violó el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que frente a la sentencia adversa de primera instancia, solo contaba con el recurso de casación como único medio procesal para impugnar el fallo. Asimismo, señaló que dadas las limitaciones del recurso, este no cumplía con lo dispuesto en el artículo 8.2 h) de la convención, pues no satisfacía el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. La demanda fue resuelta por la sentencia del 2 de julio de 2004, la cual en lo que interesa señaló:

142 González, Daniel y Houed Vega, Mario. Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal. En: Revista de Ciencias Penales, número 10, septiembre, 1995, p. 10.

157. El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada.

Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [...] un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

162. Con base en lo expuesto en los párrafos anteriores, la Corte pasa

a resolver si el recurso de casación al que tuvo acceso el señor M.H.U. cumplió con los parámetros anteriormente establecidos y, por ende, si se trató de un recurso

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.” Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores F.V.R. y M.H.U., y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente [...], contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

En virtud del contenido de esta sentencia, se generaron diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional, la Sala Tercera de la Corte y el Tribunal de Casación

Penal. Se destacan los siguientes:

En cuanto al segundo argumento sobre la ausencia de doble instancia en materia penal, la petición requiere que esta Sala se pronuncie –en abstracto–, si la sentencia de la Corte de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, implica o no la integración de la doble instancia como un elemento esencial del debido proceso. Al respecto cabe recordar que esta Sala en la sentencia 1739-92 había reconocido ya el principio de doble instancia como un elemento integrante del debido proceso en el siguiente sentido: a) que el derecho a recurrir el fallo a que se refiere el artículo 8, párrafo 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un derecho exclusivamente del imputado en toda causa penal por delito; b), ese derecho a recurrir del fallo, consiste en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del juicio, y se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia–, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia. La respuesta entonces es afirmativa y la Sala tiene el punto claro desde el precedente del año mil novecientos noventa y dos en que reconoce el derecho a la doble instancia en materia penal como un elemento integrante del debido proceso en los términos señalados. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el caso concreto del recurrente, estima -entre otras cosas-, que esa doble instancia no se dio porque fueron los mismos jueces los que conocieron del caso en varias oportunidades con ocasión de diferentes recursos de casación, y que este recurso como recurso extraordinario, no satisface las exigencias de la Convención, en cuanto no autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. Señala concretamente que el recurso

de casación costarricense no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva y efectiva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica [...] V.- Nuestro país aceptó la competencia plena establecida en el artículo 62 de la Convención, con efectos vinculantes, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del dos de julio de mil novecientos ochenta, de tal forma que el fallo citado es de acatamiento obligatorio en todos sus extremos. VI.- Es claro que la sentencia estima como una garantía judicial, la doble instancia que permita la revisión plena de las pruebas y los hechos por un tribunal distinto al que sentenció, garantía que corresponde a toda persona con una condenatoria penal. En ese sentido, la Sala Constitucional en aplicación del precedente citado y de su antecedente 1739-92, considera que todo sentenciado a cumplir una pena de prisión, tiene derecho a que su caso sea revisado por un tribunal distinto al que lo sentenció, con plena posibilidad de discutir los hechos y la valoración de la prueba, como requisito para tener como válidamente cumplida la exigencia de una doble instancia en materia penal en los términos de las garantías judiciales y de protección judicial, tutelados en los artículos 8 y 25 en relación con el 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, manteniéndose el criterio de que la Casación puede cumplir con los requisitos establecidos en la Convención “ siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia.

(S 14715-04 de las 9:27 hrs. del 02-12-04 de la SC. En el mismo sentido, 3619-05 de las 14:48 hrs. del 05-04-05; 10116-05 de las 14:41 hrs. del 03-08-05, entre muchas otras de la SC).

La Sala Tercera de la Corte, por su parte, estableció:

*Si bien es cierto el artículo 449 del Código Procesal Penal establece la posibilidad de que en fase de casación se pueda ordenar la recepción de prueba, también lo es que se trata de supuestos muy específicos. Así, en principio, se podrá admitir prueba en casación sólo cuando esta se ofrezca para demostrar defectos de procedimiento, relacionados con la discusión como fue llevado a cabo un acto, respecto del cual ha de alegarse que en la realidad se dio algo distinto a lo que se señaló en las actuaciones, en el acta o demás registros del debate, o incluso en la sentencia. **Claro está que el panorama varió merced al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica** (el resaltado no es del original). Esta sentencia internacional ha servido, en el foro costarricense, de base para sostener infinidad de posiciones, desde las que consideran que la legislación nacional no amerita, reforma alguna hasta las que sugieren una transformación revolucionaria de todo el modelo de recursos en materia penal, lo que evidencia que ha sido más mencionada que estudiada; se le invoca como algo mágico, capaz de sustentar los criterios más variados, incluso contrapuestos. Mas resulta que si se lee detalladamente la misma, en efecto se apreciará –en relación con el tema que aquí interesa– una exigencia de que el ordenamiento nacional se ajuste a los lineamientos del artículo 8:2:h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que el Estado de Costa Rica debe garantizar la existencia de un recurso judicial efectivo mediante el cual puedan impugnarse las sentencias penales. Se trata de que el recurso permita un examen amplio e integral de los fallos cuestionados, antes de su firmeza, y que el control sobre las decisiones de los jueces sea real, es decir, que permita verdaderas posibilidades de hacer valer las garantías previstas en la Convención, tanto en lo que se refiere a la ley penal sustantiva como a la procesal (de modo que es perfectamente viable un control sobre la valoración de la prueba y la determinación de los hechos por parte del órgano de casación). Sin embargo, debe hacerse ver claramente que en ningún momento ha indicado la Corte Interamericana que del pacto internacional citado se derive una exigencia para los Estados-Parte de contar con doble grado de jurisdicción o, lo que es lo mismo, doble instancia en sentido estricto. Recuérdese, que este modelo*

de impugnación recién mencionado implica que tras un primer juicio de mérito (es decir, sobre el fondo de la causa llevada a debate) podría realizarse un segundo, todo de nuevo, que acarrearía una nueva decisión del asunto (que podría coincidir o no con la primera). Así, conforme a ese sistema recursivo, se estaría ante dos juicios de mérito. Pero en la resolución internacional indicada en ningún momento se sugiere un determinado modelo de impugnación, mucho menos ese cuyas generalidades se acaban de describir. Lo que sí se deriva del citado fallo, es la obligación que tienen los Estados-Parte de garantizar un recurso efectivo. Éste puede ser el de casación, el de revisión o cualquiera otro, siempre y cuando permita un examen integral, amplio y real de la sentencia. Es decir, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo que se deriva es la exigencia de un recurso que permita un verdadero juicio sobre el juicio, es decir, sobre la adecuación jurídica del fallo cuestionado, tanto en lo que se refiere a la aplicación de la ley sustantiva, como en la procesal, incluso en lo relativo a la valoración de la prueba y a la determinación de los hechos. De conformidad con lo expuesto, el medio ordinario para la impugnación de sentencias no firmes que se prevé en el ordenamiento procesal penal costarricense, el recurso de casación, debe ser aplicado de manera tal que permita ese examen amplio, integral y efectivo del que aquí se ha hablado, todo ello para resultar acorde con las estipulaciones de la Convención. Mas no puede confundirse el recurso de casación con un segundo nuevo juicio sobre el mérito de la causa; lo que permite este medio impugnativo –esto vale la pena reiterarlo cuantas veces sea necesario– es un juicio sobre el juicio realizado por el Tribunal que decidió la causa, examen que se ajusta a lo preceptuado por el ordenamiento interamericano, siempre que permita un análisis amplio, integral y efectivo de lo resuelto por el a quo. Lo expuesto tiene trascendencia en lo que se refiere a la prueba que puede admitirse en sede de casación, pues en la actualidad, aplicando directamente la Convención a la luz de la jurisprudencia interamericana que interpreta sus alcances, la posibilidad de ordenar prueba en esta sede no puede entenderse restringida exclusivamente a los supuestos mencionados en el texto del artículo 449 del Código de rito, sino que en virtud de lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe permitirse evacuar prueba en aquellos casos en que esto resulte indispensable para demostrar la existencia del vicio y/o del agravio

enunciados por la parte que gestiona el recurso (así, por ejemplo, podría haber casos en que para dilucidar si hubo preterición arbitraria de prueba, resulte útil, pertinente y necesario recabar algún material probatorio en casación), todo lo cual debe examinarse en cada asunto en particular, ya que no hay posibilidad de prever en abstracto todos los supuestos en que tal proceder sería viable. Además, en cualquier caso, la apertura a la recepción de prueba en casación, aparte de examinarse desde la perspectiva de que se está ante un juicio sobre el juicio, también se encuentra sujeta a los exámenes de pertinencia que se derivan de los artículos 304 y 320 del Código Procesal Penal, los cuales deben ser considerados integralmente con el numeral 449 del mismo texto legal y todo ello a la luz del artículo 8:2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tal como lo interpretó la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa, lo anterior en aras de que el recurso cumpla los fines previstos en el ordenamiento internacional (lo que no implica, como ya se dijo, un doble grado de jurisdicción).

(S 784-05 de las 8:55 hrs. del 15-07-05 de la STC. En el mismo sentido, S 571-06 de las 14:20 hrs. del 19-06-06; 573-06 de las 14:30 hrs. del 19-06-06 y 284-06 de las 8:35 hrs. del 31-03-06, todas de la STC).

En relación con la posibilidad de valorar prueba en un recurso de casación, la Sala Tercera consideró:

III. SOBRE LAS POSIBILIDADES DE VALORAR PRUEBA POR PARTE DE LOS ORGANOS DE CASACIÓN. Para dilucidar el siguiente reclamo, resulta esencial referirse a los alcances de las facultades del órgano de casación para valorar la prueba que ha sido recibida por el Tribunal de Juicio de acuerdo a los principios de oralidad e inmediación. En la década de los sesenta, cuando no se había aprobado el Pacto de San José, ni existía la Sala Constitucional, el conocido jurista argentino Fernando DE LA RUA afirmaba: “ Por la vía del recurso de casación no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia. Queda excluido de él todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos. La casación no es una segunda instancia y no está en la esfera de sus poderes revalorar prueba[...] el principio de in dubio pro reo, en tanto constituye una regla procesal

relativa a la comprobación de la existencia del delito y la participación del imputado, correspondiendo su apreciación crítica al juicio de la libre convicción del Tribunal en la valoración de las pruebas, está también excluido del control de casación ” (DE LA RUA , Fernando, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P, de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1968, pp. 177 a 179). **Este tipo de razonamiento, que era artículo de fe dentro de la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda de lo Penal en la década de los setenta, y en la jurisprudencia de esta Sala en parte de la década de los ochenta, es insostenible a la luz de una concepción actual del Estado democrático y respetuoso de los Derechos Humanos.** (El resaltado no es del original). De esa frase del autor argentino, se derivó la afirmación de que la Sala de Casación no puede sustituir al Tribunal de Juicio en la valoración de la prueba, ni en la fijación de los hechos. Desde el momento en que se reconoció expresamente la posibilidad de controlar la aplicación del in dubio pro reo en casación, mediante la sentencia de esta Sala No. 158-F-94, se adoptó tácitamente “la teoría de la capacidad de rendimiento” desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemana (ver así: **BACIGALUPO**, Enrique. “La **impugnación de los hechos probados en la casación penal** ”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 44 y siguientes. O bien, **PASTOR**, Daniel “La **nueva imagen de la casación penal**”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina, 2001, pp. 72-77), según la cual los órganos de casación deben agotar el esfuerzo por revisar todo lo revisable, y que el único límite es el derivado de los principios de oralidad e inmediatez de la prueba. El artículo 8.2.h del Pacto de San José, norma que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional es auto-ejecutable, obliga a los órganos de casación a revisar con toda la amplitud posible la sentencia. Ahora bien, en aquellos casos en que se alega falta de fundamentación, según el principio de Pas de nullité sans grief, de comprobarse esa falta de fundamentación parcial en alguno de los elementos sometidos a juicio, ello no debe generar automáticamente la nulidad del fallo, ni la reposición total o parcial del juicio oral. La Sala está facultada para analizar los aspectos omitidos por el Tribunal a efectos de determinar si esa omisión resulta esencial, y ha causado un agravio a la parte reclamante. El juicio de reenvío debe ser la excepción y no la regla. Dejando de lado el caso del recurso del fiscal,

en donde el reenvío se impone como una necesidad para no violar el derecho al recurso del imputado, se debe tratar de resolver el caso concreto con los elementos a su disposición. El abuso del reenvío está ligado a los inicios de la casación francesa decimonónica, en donde al Tribunal de Casación regulado por el Code d'Instruction Criminelle de 1808 se le prohibía conocer el fondo de los asuntos, y su función era estrictamente negativa, anulando las sentencias y ordenando el reenvío (GARRAUD, Rene, Précis de Droit Criminel, 14ª Ed., Recueil Sirey S.A., Paris, 1926 , p. 1012). Sin embargo, la evolución actual de la casación penal, la empuja cada vez más a adoptar una función positiva, resolviendo el fondo del asunto, de la misma forma en que lo hizo la propia jurisprudencia francesa del siglo XIX, y que se vio reflejada en la Revisión alemana y a través de ella, en el Código de Córdoba y por lo tanto en nuestros códigos de 1973 y 1996.

(S 240-06 de las 15:05 hrs. del 27-03-06 de la STC).

El tribunal de casación penal se ha pronunciado en el sentido de que no es exacto afirmar que la Convención Americana de Derechos Humanos establezca el derecho a la doble instancia, sino más bien el derecho de recurrir. Sobre el particular en el voto 179-2005 de las 10:15 horas del 10-03-05 resolvió:

Sobre el derecho a recurrir de la sentencia.- El artículo 35 de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal” dispone que “Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior”. El artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también contempla el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, como también lo dispone el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al decir que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Se advierte que estos artículos disponen claramente el derecho al recurso, no se refieren necesariamente a que deba existir una doble instancia en el sentido riguroso del término, como se dirá más adelante. Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha tenido el cuidado de diferenciar entre el derecho al recurso y la doble instancia, en vista de la pluralidad de acepciones que tiene la palabra instancia. La doble instancia, en sentido estricto, supone que el proceso se

desenvuelve en etapas o grados que han sido ordenados conforme al principio de preclusión, una instancia sucede a otra, para que la decisión del caso sea sometida sucesivamente a jueces distintos y en iguales condiciones de inmediación, de modo que no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera (Véase COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, págs. 169 a 170; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, págs. 207 y 361). MONTERO AROCA ha precisado con rigurosidad la diferencia entre el derecho al recurso y la doble instancia, advirtiendo que no existe base alguna para pretender que lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice es que sea necesario que el legislador disponga una verdadera segunda instancia o segundo grado jurisdiccional en el proceso penal (MONTERO AROCA, Juan: Principios del Proceso Penal Una explicación basada en la razón, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, págs. 184 a 185). Al establecer el nuevo Código Procesal Penal de 1996 -como lo hizo el Código de 1973- el juicio de instancia única, tanto el juicio de hecho como el juicio de derecho son revisables por vía del recurso de casación, y este derecho al recurso ha sido diseñado en nuestro sistema para el uso de todas las partes, pues la igualdad de las partes es un principio consustancial a la naturaleza del proceso. En efecto, toda sentencia condenatoria (también la absolutoria) supone dos operaciones: la primera consiste en determinar lo que ha de tenerse por "hecho probado" (juicio de hecho); la segunda luego de que se ha determinado el hecho, consiste en la labor de subsunción de ese hecho en alguno o algunos preceptos legales (juicio de derecho). Ambas operaciones pueden ser rigurosamente controladas mediante el recurso de casación contra la sentencia penal, la primera al examinar la motivación de los hechos (en este sentido véase ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en A.A.V.V.: "La sentencia penal", Madrid, Imprime Mateu Cromo S.A., 1992, págs. 117 a 159, e IGARTUA SALAVERRIA, Juan: Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Valencia, Tirant lo blanch, 1995) y la segunda al examinar la motivación de la subsunción típica en la sentencia penal. Epistemológicamente la casación sí permite juzgar la corrección de razonamiento tanto en el juicio de hecho como en el juicio de derecho que efectuó el tribunal de mérito. Para satisfacer las exigencias de nuestra Constitución Política, la sentencia penal (absolutoria o condenatoria) debe ser un texto inteligible y convincente

para todos y, tratándose de una condenatoria se requiere la “necesaria demostración de culpabilidad” y ello supone necesariamente una previa y también necesaria demostración de los hechos a los que se refiere la culpabilidad de su autor. Respecto al Código de 1973, la Sala Constitucional ha considerado que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso (Cfr. Sala Constitucional, N° 719 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990), principios cuya observancia definitivamente debe mantenerse para la interpretación y aplicación de la nueva regulación legal. En relación al Código Procesal Penal vigente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 2 de julio de 2004 (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica), consideró que el Estado costarricense debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el supracitado artículo 8.2.h CADH, en relación al artículo 2 de la misma. Al respecto es necesario hacer las siguientes observaciones. En el §162 de la sentencia citada, dice la Corte que analiza el recurso de casación a que tuvo acceso el señor H.U. , y en el §167 dice que “en este caso” el recurso no satisfizo los requisitos del artículo 8.2.h. CADH de ser un recurso “amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”, sino que fue un recurso limitado. No se entiende cómo de los defectos del caso concreto del H.U., se pasa a hacer una afirmación general sobre la inidoneidad del recurso de casación, aseveración cuyo único fundamento probatorio posible, cabe suponer, serían las pericias que menciona, cuyas afirmaciones en punto al recurso de casación son discutibles. Consideramos que en los términos en que se ha diseñado legalmente el recurso de casación, sí permite un control sobre el juicio de hecho por parte del tribunal superior (llámese Tribunal de Casación o Sala de Casación). La Casación costarricense, en general, sí puede ser un recurso ordinario y eficaz, accesible y amplio en el sentido de que permite al tribunal superior realizar una análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal de juicio, tanto de hecho como de derecho, que sí garantiza un examen integral de la decisión recurrida, mediante el cual el tribunal superior puede procurar la corrección de aquellas decisiones juris-

diccionales contrarias a derecho. Y lo más notable del caso es que esa amplitud de la casación costarricense ha venido orientándose a equilibrar el derecho de todas las partes del proceso (bilateralidad). Es necesario subrayar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no garantizan la posibilidad de dos enjuiciamientos sucesivos por dos órganos judiciales diferentes, de modo que el segundo prevalezca sobre el primero, sino que buscan garantizar el control o fiscalización de la condenatoria que fue resuelta en el juicio de única instancia, para que esté exenta de error que agravie al imputado (en caso de error el superior puede anular la sentencia y ordenar el reenvío a un nuevo juicio cuando fuere necesario y posible, o resolver directamente de acuerdo con la ley aplicable). Se cumple con nuestra Constitución Política y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer un recurso contra las sentencias condenatorias, sin que importe su denominación (apelación o casación), lo que interesa es que permita verificar: A) si para la determinación del hecho que el a quo estimó acreditado en su sentencia se observaron las formas procesales que han sido dispuestas en favor del imputado (por ejemplo, se desvirtúa la determinación del hecho si por medio del recurso se pone en evidencia que la prueba esencial no es legítima; o que la existencia del hecho no se deriva de la prueba; o que la prueba no fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica; o que la sentencia no describe el contenido ni la valoración de la prueba; que la correcta valoración de la prueba no permite tener certeza acerca de la existencia del hecho o de la participación del acusado); B) la calificación jurídica del hecho acreditado. La repetición o ampliación del juicio en un segundo grado o instancia no es lo que realiza o satisface los instrumentos internacionales en comentario, sino que a lo sumo extendería innecesariamente el proceso, viniendo más bien a deteriorar la situación del acusado, al someterlo a un doble enjuiciamiento que puede dar lugar a un círculo vicioso, porque si la repetición (o segunda instancia) da lugar a una nueva condena, sería necesario para ser consecuentes repetir el proceso y hacer otra nueva repetición del juicio (tercera instancia) para poder cumplir los instrumentos en comentario. El número de juicios no garantiza nada porque nunca habrá dos juicios iguales, el segundo diferirá del primero por efecto del transcurso del tiempo, por la variación de las condiciones de su realización y la eventual “contaminación” del primer juicio en los testigos (salvo casos de, por así decirlo, inmutabilidad de la prueba, por ejemplo si toda la que es decisiva es de naturaleza documen-

tal); puede pensarse en testigos que mueren o que por otra razón no comparecen al nuevo juicio, o que olvidan u omiten decir detalles relevantes; o que ahora sí se acogen a la facultad de abstenerse de declarar (cuando ello es posible), entre otras hipótesis. En este sentido, el Tribunal de Casación ya ha indicado que: “No demuestra la recurrente, en ese caso en concreto, cuál es el obstáculo que le impide, a través del recurso de casación, cuestionar los hechos o bien acusar la incorrecta valoración de la prueba. Por medio del recurso de casación sí se puede someter a examen la determinación del hecho que consideró acreditado el tribunal de mérito en la sentencia condenatoria, tanto es así que se puede desvirtuar esa determinación del hecho, por ejemplo, si por medio del recurso se pone en evidencia que la prueba esencial no es legítima; o que la existencia del hecho no se deriva de la prueba; o que la prueba no fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica; o que la sentencia no describe el contenido ni la valoración de la prueba; o que la correcta valoración de la prueba no permite tener certeza acerca de la existencia del hecho o que lo hubiera realizado el acusado; porque ante cualquier de estos defectos la sentencia carece de fundamentación y deviene inidónea para constituir la necesaria demostración de culpabilidad que exige la Constitución Política para imponer una sanción penal. Esta Cámara siempre ha sido flexible a la hora de valorar la admisibilidad del recurso de casación y a partir de la sentencia del dos de julio del dos mil cuatro, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha tomado la decisión de prevenir la corrección de los defectos formales en los recursos de casación y, en algunos casos calificados, admitir prueba no recibida durante el juicio, con la finalidad de resolver adecuadamente los aspectos planteados en la casación, procurando con ello cumplir con el precepto constitucional de tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 41 de la Constitución Política. En el recurso que nos ocupa no se hace referencia a algún defecto cuyo conocimiento no sea posible alcanzar por esta vía. (TCP, N° 1036 de las 14:02 horas del 6 de octubre de 2004).

Conforme puede apreciarse en estas sentencias, se indica que en realidad el recurso de casación en la forma en ha evolucionado en Costa Rica, sí satisface los requerimientos de la Convención, porque pueden valorarse tanto los hechos como el derecho, así como los elementos probatorios. Coinciden en afirmar que la convención en realidad no establece un derecho a la “doble instancia”, sino a un recurso contra la sentencia, sin definir cuál debe ser el tipo de recurso. Lo

importante es que se permita un examen integral, amplio y real de la sentencia, es decir, que se pueda producir un verdadero juicio sobre juicio.

En todo caso, el Estado costarricense, a fin de dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana, aprobó la Ley de Apertura de la Casación Penal, número 8503 del 28-04-06, la cual empezó a regir después de la publicación (06-06-06). En dicha ley, se reformaron los artículos 15, 369, 410, 411, 414, 447 y 449 del CPP y se adicionaron los artículos 449 bis y 451 bis del Código Procesal Penal. Además, se reformaron los artículos 62 y 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se adicionó el artículo 93 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los cambios son los siguientes:

- En el artículo 15 del CPP se eliminó la palabra “formal”, entendiéndose que la prevención de subsanación de los defectos que debe hacer el tribunal o el fiscal, ante cualquier gestión, recurso o instancia de constitución, puede ser también respecto a defectos que no sean de carácter formal.
- En el artículo 369 del CPP, se agregó como un vicio de la sentencia que justifica la casación, el inciso j que indica “*Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante proceso o con oportunidad de defensa*”.
- En el artículo 410, se eliminó la frase “bajo pena de inadmisibilidad”.
- El artículo 411 se modificó totalmente y se sustituyó el texto anterior por el siguiente:

Artículo 411. Admisibilidad. *Cuando la demanda haya sido presentada fuera de las hipótesis que la autorizan, o resulte manifiestamente infundada, el tribunal, de oficio, declarará su inadmisibilidad.*

El tribunal sustanciará la acción y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben ser aclarados y corregidos. Si los defectos no se corrigen, resolverá lo que corresponda.

No será admisible plantear, por la vía de la revisión, asuntos que ya fueron discutidos y resueltos en casación, salvo que se fundamenten en nuevas razones o nuevos elementos de prueba.

- En el artículo 414 se agregó un último párrafo que señala: “*Cuando se haya recibido prueba oral, quien la haya recibido deberá integrar el tribunal en el momento de la decisión final*”.

- El artículo 447 cambió su redacción y la sustituyó por la siguiente:
Artículo 447.—Trámite. El Tribunal de Casación podrá declarar inadmissible el recurso, si estima que la resolución no es recurrible, que el recurso ha sido interpuesto en forma extemporánea o que la parte no tiene el derecho de recurrir, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen.

Si el recurso es admisible, el Tribunal lo sustanciará y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben aclararse y corregirse. Si los defectos no son corregidos, resolverá lo que corresponda.

Si el recurso es admisible y no debe convocarse a una audiencia oral, ni se debe ordenar la recepción de pruebas, el Tribunal dictará sentencia. En caso contrario, esta deberá dictarse después de la audiencia y una vez recibida la prueba.

- El artículo 449 también cambió su redacción y se indicó:
*Artículo 449.- **Prueba en casación.** Las partes podrán ofrecer la prueba, cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o los registros del debate, o bien, en la sentencia.*

También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión.

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos.

El Tribunal de Casación rechazará la prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria; pero, si la estima indispensable, podrá ordenarla incluso de oficio.

Cuando se haya recibido prueba oral, los que la hayan recibido deberán integrar el Tribunal en el momento de la decisión final.

- Se agregaron los artículos 449 bis y 451 bis que señalan:
Artículo 449 bis. —Examen del Tribunal de Casación. El Tribunal de Casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión. De no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que, en su criterio, sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, y la valorará en relación con el resto de las actuaciones.

De igual manera, podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio.

- *Artículo 451 bis. —Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.*

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.

El recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por el Tribunal de Casación

respectivo, integrado por jueces distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no se cuenta con el número suficiente de suplentes, la competencia será asumida por los titulares que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.

Los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial se reformaron en la siguiente forma:

- Artículo 62.—La Corte Suprema de Justicia tendrá, al menos, cuarenta y cuatro magistrados suplentes, de los cuales diez estarán asignados a cada una de las Salas de Casación y catorce a la Sala Constitucional. Serán nombrados por la Asamblea Legislativa, durarán en sus funciones cuatro años, prestarán juramento ante la misma Asamblea, y deberán reunir los requisitos exigidos a los titulares, excepto el de rendir garantía.

Para la elección de los magistrados suplentes, cada una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia convocará a un concurso público de antecedentes, con el fin de escoger a dos candidatos por cada plaza vacante. La nómina será sometida al conocimiento de la Corte Plena y, de ser aprobada, se enviará a la Asamblea, la cual realizará la designación correspondiente entre los nominados.

Transitorio. —Todos los actuales magistrados suplentes continuarán desempeñando su cargo hasta completar su período. Los nuevos magistrados suplentes serán elegidos por el resto del período.

- Artículo 93. —El Tribunal de Casación Penal conocerá:
 - 1) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en asuntos de conocimiento del tribunal de juicio integrado por un juez.
 - 2) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Si en el mismo proceso se

atribuyen otros delitos, además de los antes mencionados, su conocimiento corresponderá al órgano de casación competente para conocer del delito de mayor gravedad.

- 3) En apelación, de las resoluciones que dicten los jueces del tribunal de juicio, cuando la ley acuerde la procedencia del recurso.
- 4) De las apelaciones en asuntos de migración y extranjería que la ley establezca.
- 5) De los impedimentos, las excusas y las recusaciones de sus integrantes propietarios y suplentes.
- 6) De los conflictos de competencia que no deban ser resueltos por los tribunales de juicio.
- 7) De los conflictos suscitados entre juzgados contravencionales y tribunales de juicio.
- 8) De los demás asuntos que se determinen por ley.

Además, se adicionó el artículo 93 bis:

- Artículo 5º—Adiciónase a la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 93 bis, cuyo texto dirá:

Artículo 93 bis. —Integración del Tribunal de Casación Penal. El Tribunal de Casación Penal estará conformado con secciones independientes, integradas cada una por tres jueces, de acuerdo con las necesidades del servicio, y se distribuirán su labor conforme lo disponga el Consejo Superior.

Como puede constatarse, con esta Ley se produce una flexibilización de la fase de admisibilidad del recurso, estableciéndose la obligación de prevenir la subsanación ante la falta de requisitos o cualquier otro defecto que impida entrar a conocer el fondo del asunto. Se amplían además los motivos por los cuales puede interponerse el recurso, al incluirse la violación al debido proceso, causal que resulta ser sumamente amplia, dado que conforme ha resuelto la jurisprudencia,

prácticamente cualquier violación a la legalidad que apareje la lesión de derechos fundamentales constituye un quebranto al debido proceso.

Además, lo más importante de la reforma es que se amplía la posibilidad del ofrecimiento de prueba en casación en los siguientes supuestos: 1) Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o los registros del debate, o bien, en la sentencia. 2) La prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión. 3) El Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos. También se prevé la posibilidad de que el mismo tribunal de casación, de oficio, ordene la recepción de prueba oral, si la considera indispensable. Otro aspecto importante es que el Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular un recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio; solamente podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.

3.10 DERECHO A LA COSA JUZGADA, PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM O ÚNICA PERSECUCIÓN

Las garantías del “non bis in ídem” y el derecho a la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionadas. El principio de “non bis in ídem” atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Está previsto en los artículos 14, inciso 7) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país, y el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que refiere que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. De igual modo, la Constitución Política lo contempla en el artículo 42 al señalar que nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible, y así también lo señala el artículo 11 del CPP.

El principio de la cosa juzgada, por su parte, implica que la inimpugnabilidad de la sentencia definitiva adquiere en el proceso penal especial importancia en un doble sentido. Como lo expresa el artículo 42, párrafo 2 de la Constitución Política, no puede reabrirse una causa penal fenecida y, ni siquiera a través del recurso de revisión que procede precisamente contra la sentencia firme, se puede reconsiderar la situación del imputado en su perjuicio, con lo cual se garantiza que ese recurso solo puede otorgarse para favorecer al reo. Está vinculada al principio de non bis in ídem, de manera que no puede reabrirse una causa fallada por unos mismos hechos, aun cambiando la calificación legal o aportándose nuevos elementos probatorios.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia:

El principio de 'non bis in ídem' que en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho, es tutelado en el artículo 42 de la Constitución Política y en el 1° del Código Procesal Penal, y determina una protección más a la libertad personal y una conquista de la seguridad individual. La prohibición que impide el doble pronunciamiento frente a una misma incriminación, integra en su contenido dos principios fundamentales: a) La cosa juzgada que es atributo que la ley asigna a la sentencia cuando se dan los requisitos necesarios para que quede firme y sea inmutable, y es contemplada como uno de los principios integrantes del debido proceso, consagrado específicamente en el artículo 42, párrafo 2° de la Constitución Política. Es garantía de seguridad jurídica que impide que por un proceso posterior se altere el contenido de lo resuelto por pronunciamiento definitivo sobre el fondo de una causa. La firmeza de la sentencia que tiene como consecuencia la inmutabilidad de lo resuelto, se da fundamentalmente por la no interposición en tiempo de los recursos autorizados por ley para el caso concreto o porque se resolvieron los planteados, agotándose la instancia en alzada [...]. De conformidad con lo expuesto, existen resoluciones en el proceso penal que cuentan con el carácter de cosa juzgada en la medida que, cumplan con el requisito de firmeza o irrevocabilidad de la sentencia (el subrayado no es del original).

(S 17195-05 de las 17: 28 hrs. del 14-12-05 de la SC).

A manera de ejemplo, citaremos algunos extractos jurisprudenciales, donde se aplicaron estos principios:

-Se establece que los requisitos que deben darse para que proceda la aplicación del principio de cosa juzgada son: la identidad de objeto, partes y causa. Además, se establece que el objeto de conocimiento en un proceso de índole penal es diverso de lo que se examina en un proceso de otra naturaleza, en este caso, contencioso administrativo:

*El recurrente alega, como **primer motivo**, que en la especie se acreditó erróneamente la existencia de cosa juzgada a favor del acusado O.Z. En concreto, estima errado sostener que por haberse resuelto en un proceso contencioso administrativo que no se apreciaban irregularidades en relación con la escritura que sirve de base a la presente causa por falsedad ideológica, aquella produzca cosa juzgada respecto de ésta. Señala que en sede contencioso administrativa no se tuvo por demandado al aquí imputado; que en esa causa no se acusó falsedad de las notas incorporadas a la escritura y que en esta sí; que en la vía contencioso administrativa no se discuten delitos, pero en la penal sí. Además, sostiene que en esa otra sede se formularon pretensiones relacionadas con incumplimiento contractual, nunca con lo penal. **El reclamo es atendible:** Consta a folio 173 que el Tribunal de Juicio de Heredia consideró que por haber una sentencia firme del Juzgado Contencioso Administrativo (resolución N° 743-2001 de las 15:00 horas del 28 de septiembre de 2001; visible a folio 365 del legajo de prueba que acompaña el expediente principal de la presente causa), en la cual se señaló que no se apreciaba irregularidad alguna que viciara de nulidad la escritura que dio origen al asunto bajo examen, entonces ese fallo constituye cosa juzgada respecto del tema discutido en sede penal. Indicó el a quo que “si bien en ese proceso no se demandó al aquí acusado, es evidente que al estar íntimamente relacionados los hechos que aquí se le atribuyen, a dicha escritura, por ser la misma el origen de la acusación, lo resuelto en ese proceso influye directamente en el que nos ocupa. Si ya un Tribunal de la República, especializado en el tema que en este juicio se trata de probar, se pronunció sobre el objeto de la acusación, declarando la autenticidad de la escritura que el imputado otorgó, es inútil e improcedente continuar con la investigación del asunto. Puede considerarse que la decisión de Juez Contencioso causa estado con respecto a este elemento decisivo al que el delito se refiere” (folio 173). Lo que suce-*

de es que para que surja a la vida jurídica la cosa juzgada se requiere de identidad de objeto, partes y causa entre dos o más procesos judiciales. En primer término, téngase presente que el aquí imputado no figura como demandado en el proceso contencioso administrativo, lo que es suficiente para descartar la identidad de partes que se requiere para la configuración de la cosa juzgada. Además, en aquella sede se discutía la licitud del negocio y la validez del instrumento público, todo desde la normativa civil y notarial, pero no desde la penal, pues los jueces de lo contencioso administrativo no tienen competencia para ello. Asimismo, en la demanda tramitada en esa otra jurisdicción no se atribuyó al notario público aquí acusado la actuación fraudulenta que se conoce en sede penal. Así, no se configura la identidad de partes, tampoco de la causa, ni de objeto, por lo que no era viable acoger la excepción de cosa juzgada de la que se valió el Tribunal de Juicio de Heredia para sobreseer al imputado. Cabe acotar que en sede penal no podría discutirse nuevamente si el instrumento que aquí interesa (o sus notas) se configuraron siguiendo los principios del derecho notarial, ni tampoco el apego del negocio jurídico a la normativa civil, pues ya ambos temas fueron resueltos mediante sentencia firme dictada por la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que no se ha analizado es si hubo alguna conducta que constituya ilícito penal en la configuración de la escritura (incluidas las notas) y sobre ello es lo que versa la causa que se ventila en esta vía. Ciertamente podría darse el caso que la solución que se dé al asunto por los jueces penales siga el mismo sentido que lo resuelto por el juez contencioso administrativo, pero el enfoque normativo desde el cual ha de hacerse el análisis es diferente. Por lo expuesto, salta a la vista que la excepción de cosa juzgada que acogió el Tribunal de Juicio de Heredia en la resolución recurrida no era procedente, por lo que **debe declararse con lugar el primer motivo del recurso de casación interpuesto por J.G.M. y, en consecuencia, anular la sentencia de sobreseimiento impugnada y el debate que le precedió, ordenándose el reenvío de la causa para la reposición de ambos actos**. Por innecesario, se omite pronunciamiento respecto del segundo motivo alegado por el recurrente. Esto por cuanto el fin perseguido por el recurrente ya se ha visto satisfecho por lo resuelto al pronunciarse sobre el primer motivo.

(552-05 de las 9:10 hrs. del 03-06-05 de la STC).

-Se dispone que lo que el principio de “non bis in ídem” prohíbe es la doble persecución “penal” por un mismo hecho, por lo que, si se produce algún otro tipo de responsabilidad o sanción, no impide que pueda realizarse el juzgamiento penal de la conducta:

Señala el recurrente que: “En la sentencia no se observó el proceso administrativo que aplicó la dirección administrativa de la Universidad Americana, donde, con sustento en la legislación educativa vigente, se sancionó al encartado, a quien se le impuso la pena máxima: expulsión. Con lo anterior, se violó el principio constitucional de non bis in ídem, que prohíbe sancionar dos veces a una persona, por la misma falta. TERCER MOTIVO: En este apartado se aduce que la conducta del imputado no alcanza a producir perjuicio a terceros ni a la fe pública, por lo cual resulta atípica, siendo sancionable sólo por el sistema educativo nacional. II.- Ninguno de los reclamos es atendible. [...] En lo que a los dos restantes alegatos se refiere, la argumentación de la defensa parte de una interpretación del artículo 42 de la Constitución Política que esta Sala no comparte, pues en realidad la garantía del non bis in ídem que se denuncia como inobservada, se circunscribe al doble juzgamiento penal de una persona por los mismos hechos, lo que no se ha dado en este caso, tal y como se ha afirmado con anterioridad “[...] es menester agregar que el recurrente procura demostrar el quebranto de ese principio mediante el contraste de una simple medida precautoria de carácter administrativo, consistente en la retención o decomiso de la licencia que puede realizar el Inspector de Tránsito, y una medida de carácter estrictamente penal, consistente en la sanción impuesta a través de una sentencia. En esa tesitura, no puede darse el quebranto del principio de “non bis in ídem”, pues este lo que proscribe es la doble persecución penal por un mismo hecho, aspecto que no se ha producido de modo alguno en este proceso. En efecto, por su conducta de conducir bajo los efectos del alcohol y haber causado la muerte de una persona en ese estado, el encartado [...] sólo ha sido sancionado penalmente una vez, mediante la sentencia que se viene impugnando. Por consiguiente, el reclamo debe ser declarado sin lugar [...]” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 86-F-92, de las nueve horas del veinte de marzo de 1992. En el mismo sentido se indicó lo siguiente: “[...] Ciertamente el artículo 42 de la Constitución Política establece, entre otros aspectos, que: “Nadie podrá ser juzgado

más de una vez por el mismo hecho punible. “Además, el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales señala que nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. Esta garantía es conocida normalmente como “non bis in ídem”; o sea, la prohibición de que una persona sea perseguida más de una vez por los mismos hechos en sede penal. La aplicación del principio exige, consecuentemente, dos requisitos imprescindibles, que haya identidad en cuanto a la persona y que exista también identidad en cuanto a los hechos [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 709-F-93, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del diecisiete de diciembre de 1993. Así las cosas, es claro que si al imputado se le impuso una sanción de índole administrativo por estos hechos (expulsión de la universidad privada donde se encontraba estudiando), ello de ningún modo tendría la idoneidad de producir cosa juzgada en sede penal, pues la garantía constitucional que se invoca se refiere al doble juzgamiento penal por el mismo hecho, lo cual no se ha dado. Por otra parte, del contenido de la sentencia que se impugna resulta claro que la conducta del acusado, quien se apersonó a las instalaciones de la Universidad Americana en Heredia donde, a efectos de acreditar su grado académico y matricularse en una de las carreras que ahí se imparten, presentó un original y dos fotocopias del título Bachiller en Letras expedido supuestamente por el Ministerio de Educación Pública, el cual resultó ser falso, sí resultaba idónea para producir un eventual perjuicio a terceros, por cuanto con la presentación de ese título espurio quedaba habilitado para iniciar estudios superiores que le hubieran permitido en un futuro graduarse como profesional en algún área, todo ello sin que en realidad cumpliera con los requisitos académicos exigidos a dichos efectos. Es claro entonces que una persona graduada en tales condiciones, bien podría llegar a ejercer una actividad profesional y devengar honorarios, todo en detrimento de terceras personas (usuarios). Lo anterior permite establecer que la acción ejecutada por el endilgado resultaba idónea y capaz de llegar a producir perjuicios, con lo cual se cumplió el elemento objetivo que exigen los artículos 359 y 365 del Código Penal. Con base en lo anterior, se declara sin lugar el recurso.

(S 759-04 de las 11:22 hrs. del 25-06-04 de la STC).

-Se dispone la necesidad de que la identidad atienda al objeto, causa y partes. En este caso, no existía identidad de partes, dado que se dejó por fuera el juzgamiento de un delito proveniente de los mismos hechos; pero donde la víctima era distinta:

ÚNICO.- *El representante del Ministerio Público solicita se anule el sobreseimiento dispuesto por el a quo, por estimar que aplicó de manera errónea el artículo 11 del Código Procesal Penal, ya que en este asunto no concurre la cosa juzgada que la sentencia recurrida invoca.*

Es atendible la queja: *El tribunal de mérito sobreseyó al imputado del delito de homicidio culposo que se le atribuye, en perjuicio de H.M.M.V., tras determinar que un previo sobreseimiento ordenado por el juez de la fase intermedia respecto del mismo justiciable, por lesiones culposas en daño de P.A.M.C. —en el que se decretó la prescripción de la acción penal de esa delincuencia—, abarcó en su listado de hechos los que ahora se pretende enjuiciar. Señala el a quo que lo propio era que se reservara el tema de la prescripción para la sentencia final, por tratarse de una sola conducta que produjo dos distintos resultados. La Sala no comparte los razonamientos de los juzgadores de mérito. El instituto de la cosa juzgada requiere no solo la identidad objetiva (de los hechos objeto de pronunciamiento), sino también la subjetiva (partes, en sentido genérico) y de causa. En la especie, el tribunal de mérito basa su decisión en uno solo de esos aspectos (la forma en que el juez de la fase intermedia describió los hechos que, desde luego, es criticable y desafortunada por incluir datos que no era preciso mencionar), pero olvidan los restantes que debían ser considerados, así como el análisis de la parte de la primera sentencia que, en principio, debe prevalecer en estos supuestos: la dispositiva, que solo se refiere al delito de lesiones culposas, en daño de P.A.M.C. En torno a la identidad subjetiva, el sobreseimiento dispuesto por prescripción se refiere al justiciable y al ofendido P.A.M.C., mientras que lo que se pretende ahora enjuiciar involucra al acusado y a la occisa H.M.V., por lo que es evidente que no existe tal identidad. También es obvio que la causa es distinta, pues la primera resolución no hizo, en absoluto, ningún pronunciamiento de fondo sobre el delito de homicidio culposo que se discute, sino solo sobre la acción penal de las lesiones culposas que concurrían idealmente con aquel. Es cierto que, en algunos casos excepcionales de concurso ideal, lo adecuado es que no se dicten*

distintas resoluciones, cuando la conducta (debido a la unidad de acción) no sea fácilmente deslindable en sus componentes –ver, en tal sentido, sentencia de esta Sala No. 383-2002 de 9:40 horas de 30 de abril de 2002-. De ser así, lo aconsejable es que los jueces se limiten –en el evento de una sentencia condenatoria– a pronunciarse sobre los delitos cuya acción no se halle prescrita, sin que sea necesario, incluso, disponer ningún sobreseimiento en cuanto a los demás, aunque siempre deberán expresar las motivaciones de esa forma de decidir. Sin embargo, ello no ocurre en supuestos como el que aquí se ventila, pues existen dos resultados (lesiones y muerte) que sí pueden separarse sin ninguna dificultad. Tampoco es correcto el razonar del a quo en el sentido de que debió reservarse la prescripción para ser definida en la sentencia final. Si el juez de la etapa intermedia constata que alguno de los delitos acusados efectivamente prescribió, está obligado a declararlo así, con prescindencia del tipo de concurso de que se trate y salvo hipótesis como las que antes se mencionaron, en que sea imposible o difícil deslindar los componentes del hecho. En esta última eventualidad, se encuentra autorizado para admitir en forma parcial la acusación (con las calificaciones de los delitos no prescritos) y no será necesario que dicte sobreseimiento alguno, sino solo motivar lo resuelto en ese sentido. Sin embargo, como se dijo, las razones que aduce el a quo no son atendibles, pues si hubiese dictado el sobreseimiento por el delito de lesiones culposas en la sentencia final, junto con una hipotética condena, la situación no sería distinta a la que ahora se observa (en que el juez de otra etapa sobreseyó). En otros términos, si la tesis del a quo fuese correcta, habría de concluirse que tales resoluciones –aunque las dictase el mismo tribunal– serían inconciliables o contradictorias entre sí, lo que desde luego no es cierto y carece de todo asidero. Se reitera, entonces, que ni de lo inferible de la parte dispositiva del primer sobreseimiento dictado en este asunto, ni del resto de la resolución se obtiene que exista identidad subjetiva y de causa y por ello no concurre la cosa juzgada que estimaron los juzgadores. Así las cosas, se declara con lugar el recurso. Se anula el sobreseimiento impugnado y se ordena remitir la sumaria a conocimiento del a quo para que se prosiga con los procedimientos, conforme corresponda en derecho.

(S 1070-02 de las 10:22 hrs. del 25-10-02 de la STC).

-En esta sentencia, el Tribunal de Casación Penal presenta un amplio análisis para sustentar su posición en cuanto a que las infracciones de tránsito no pueden considerarse para efectos del “non bis in ídem”, porque se trata de infracciones de carácter administrativo y no penal: un asunto es la colisión y otro las lesiones y el homicidio que podrían derivar de esta:

Sobre el fondo del recurso. - El [...] defensor del imputado M.R.H., ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito judicial de San José, a las 14:20 horas del 10 de noviembre de 2005, que lo declaró autor del delito de Lesiones culposas cometido en perjuicio de D.P.A. [...] alegando que él opuso la defensa de cosa juzgada material, que en su criterio operó en este asunto, porque su defendido había sido absuelto por los mismos hechos por los cuales se le juzgó en este proceso, concretamente en la sentencia que dictó el Juzgado de Tránsito de Pavas y Escazú [...]. Considera el Lic. G. que en este caso se ha verificado un doble juzgamiento, violatorio de lo dispuesto por las normas constitucionales y legales citadas anteriormente, en el tanto que se dictó sentencia condenatoria contra su patrocinado por el delito de Lesiones culposas, cuando ya había sido absuelto por la colisión ocurrida el 17 de agosto de 2001 entre los vehículos placas AGV 17-156 (que conducía el imputado) y 286319 (que conducía D.P.A.), de la que ahora se dice derivaron lesiones y daños en la persona y vehículo del ofendido. Sostiene que “el criterio jurisprudencial que ha sostenido el Tribunal de Casación Penal reiteradamente que contiene en el voto 303-F-08, resolución 2002-0776 dictada en el expediente 99-000651-175-PE que es sentencia de las 16:20 horas del 27 de setiembre de 2002, mediante el cual se dispone que los casos juzgados como materia de tránsito no producen cosa juzgada material pues se trata de un procedimiento diferente al proceso penal ordinario y que es un proceso administrativo, es en mi criterio inconstitucional, y así lo alegaré en la sede que corresponde, y contrario a las normas legales y constitucionales citadas, pues lo que se está dando en este caso es un doble juzgamiento por los mismos hechos. La sentencia dictada por el Juzgado de Tránsito es una sentencia dictada por un juzgado penal, sin importar que sea de menor cuantía o que mediante ese proceso se impongan solo multas. pero olvidan quienes han sostenido ese criterio que mientras no se despenalice la figura de penal tránsito, mientras no

se envíe por disposición legislativa para ser conocido en sede estrictamente administrativa, seguirá siendo un tema de materia penal, cuyo conocimiento en apelación corresponde a los Juzgados Penales. En este caso particular ya un Juzgado Penal dictó sentencia confirmando la sentencia absolutoria que cobija a mi defendido y no podemos decir por ningún motivo que se trata de otra materia, dado que en la sentencia de tránsito es penal, mediante la cual se imponen sanciones penales de multa que conforme a la legislación vigente se pueden convertir en pena de prisión “ (recurso, folios 278 a 279) Por lo anterior es que solicita que se case la sentencia impugnada y se declare con lugar la defensa de cosa juzgada material y se absuelva a su defendido de toda pena y responsabilidad, declarando sin lugar los reclamos civiles que contra él se interpusieron en este proceso.- El reclamo no es atendible. La pretensión del Lic. G. no tiene asidero en ninguna de las normas que ha citado. En primer lugar se descarta la inobservancia del artículo 42 de la Constitución Política, porque este asunto no se trata de la reapertura de una causa penal fenecida: el imputado M.R.H. no fue condenado ni absuelto de delito alguno por el Juzgado de Tránsito, sino solamente absuelto de una infracción de tránsito (por una mera colisión de vehículos), y el hecho de que lo haya sido por vía judicial no le da carácter penal a la materia de tránsito. Por la misma razón es que tampoco se infringen el artículo 8 inciso 4º (no el 5º, erróneamente citado por el quejoso) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice: “ El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos “; ni el artículo 14 inciso 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país “; porque -se repite- Ruiz Herrero no fue condenado ni absuelto por un delito. El delito de Lesiones culposas es de acción pública perseguible sólo a instancia privada y el referente fáctico que supone no se incluyó ni se agotó en el hecho que fue objeto del proceso de tránsito, del mismo modo que el contenido injusto o disvalor de la acción de lesionar o poner en peligro la integridad física o salud de una persona no se puede considerar incluido ni agotado en una mera colisión de tránsito, y esto es así porque no existe identidad de acciones entre el proceso de tránsito y el proceso penal, siendo requisitos de la

cosa juzgada: a) la identidad de la persona perseguida; b) la identidad del objeto de la persecución; y c) la identidad de acciones, por lo que en este asunto no produce la excepción de cosa juzgada la sentencia recaída en el juicio de tránsito. El tema que plantea el Lic. G.M. no es novedoso en esta sede, el propio quejoso trae a colación un criterio de este Tribunal de Casación, la sentencia Nº 776 de las 16:20 horas del 27 de setiembre de 2002, en el cual la mayoría resolvió que las transgresiones a la Ley de tránsito por las vías públicas terrestres, así como las correspondientes sanciones, no tienen naturaleza penal sino administrativa, por lo que las sentencias emitidas en los procesos de tránsito, no producen cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho, de modo que no originan la excepción de non bis in ídem en los procesos penales: "I.- Los recursos de casación planteados por la Fiscala K.F.G. y por el defensor civil de la víctima J.A.R.CH., cumplen con los requisitos de entrada, por lo que de conformidad con lo preceptuado por los §§ 445 y 447 del C.p.p., se admite para su substanciación. Únicamente se señala al margen que la resolución recurrida tiene la naturaleza de una sentencia absolutoria, con lo que se reafirma lo dicho [...] «[...] 4) Excepciones formales-perentorias: Las excepciones cuyo objeto es la extinción de la acción penal y sus efectos se traducen en una resolución con autoridad de cosa juzgada, son las que enumera el artículo 30 [se refiere al C.p.p.]. Todas se resuelven por sobreseimiento definitivo con autoridad de cosa juzgada (artículo 313), en la fase intermedia (artículos 44 y 311.d) o antes de iniciarse el debate (artículos 44 y 340), o en sentencia absolutoria durante la fase de juicio del procedimiento ordinario [...]»

II.- La Fiscala F., en el primer motivo del recurso, argumenta que la sentencia de mérito quebranta el § 42 de la Const.Pol. Al deducir el reclamo señala que al momento del dictado de la sentencia de tránsito - productora de cosa juzgada según la resolución recurrida- ya se había rendido un dictamen médico acerca de las lesiones de la parte ofendida, por lo que la Jueza de Tránsito perdió a partir de ese momento la competencia para conocer de la causa, pues dejó de ser contravencional y se trocó en un proceso penal. En su criterio se violaron las reglas de competencia, por lo que la resolución dictada no puede producir cosa juzgada material. Se declara con lugar el reclamo, por razones distintas a las apuntada por la representante del Ministerio Público. Por las razones que se dirán, es criterio de este Tribunal de

Casación Penal que las transgresiones a la Ley de tránsito por las vías públicas terrestres (L.t.v.p.t.), así como las correspondientes sanciones, no tienen naturaleza penal sino administrativa, por lo que las sentencias emitidas en los procesos de tránsito, no producen cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho, de modo que no originan la excepción de non bis in idem en los procesos penales. El tema de la distinción entre delitos y contravenciones no es pacífico, de tal manera que pueden distinguirse tres criterios [2] en el desarrollo de la doctrina: (i) distinción cualitativa, por la vinculación psicológica entre el agente y la acción, en punto a la mayor o menor culpabilidad, por la forma de la agresión, o por el interés jurídico tutelado; (ii) distinción cuantitativa, por la mayor o menor gravedad, según sea la extensión del daño causado, tanto en calidad como en cantidad; y (iii) distinción mixta, que concibe la separación por la calidad de las penas asignadas a la transgresión (aspecto cualitativo), y por sancionar, las contravenciones, los daños menos graves a intereses administrativos menos importantes que los tutelados por los delitos. De acuerdo a lo anterior, el C.p. diferencia cualitativamente los delitos de las contravenciones, pues recoge entre estas últimas una serie de acciones lesivas a bienes jurídicos tutelados por el Libro II (De los delitos), que no llegan a ser delitos - y son simples contravenciones- por la escasa entidad de los daños producidos; ejemplos de lo anterior son las contravenciones de golpes que causen daño (§ 378.1, con relación a los delitos de lesiones, §§ 123, 124, 125 y 126, C.p.), de participación en riña y provocación a riña (§§ 378.3 y 379.1, con relación al delito de homicidio o lesiones en riña, § 139, C.p.), de reto a duelo (§ 379.2, con relación al delito de provocación con fines inmorales, § 135, C.p.), y así se podría concordar todo el Libro III (De las contravenciones) con el citado Libro II. Esto es, las contravenciones del C.p. son delitos menores. Entre tanto, en lo que hace a las faltas sancionadas por la Ley de tránsito por vías públicas terrestres (L.t.v.p.t.), el ordenamiento jurídico sigue el sistema de distinción mixta, por dos razones básicas: (i) las sanciones asignadas a los hechos contrarios a la normativa de tránsito, son de multas fijas, a excepción de lo previsto por el § 128 de la L.t.v.p.t.; y (ii) todos los hechos de tránsito afectan la gestión administrativa como bien menor tutelado por el ordenamiento jurídico, no los bienes jurídicos de superior estima como la vida, la propiedad y otros que gozan de protección penal. De

conformidad con lo dicho por esta corte de casación en muchos fallos, [...] según deriva de los §§ 7 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 51 del C.p., la finalidad política de la pena asignada a los delitos es la necesidad particular del condenado para la reinserción social, de donde se trata de prevención especial positiva. Por otra parte la reacción estatal, al fijar la pena, está delimitada por la proporcionalidad del § 28 de la Const.Pol., «[...] cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o a contrario sensu :sólo ante la lesión o peligro para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí necesidad y lesividad, dentro de la previsión objetiva y abstracta de la pena, son los parámetros de fijación [...]» [...]. Esto implica que las penas asignadas a los delitos deben ser adaptables o ajustables al caso concreto; si fuesen fijas, las penas previstas para los delitos, serían inconstitucionales pues no se podrían individualizar en correspondencia proporcional al daño o peligro causados, ni a la necesidad individual de reinserción social. He aquí la primera razón para afirmar que las sanciones establecidas para las transgresiones a la L.t.v.p.t., no tienen naturaleza penal: a excepción de la establecida por el § 128 de este cuerpo legal, se trata de multas fijas y no están proporcionadas a un daño o a un peligro para un bien jurídico tutelado penalmente. Para continuar con el orden de ideas antes establecido, debe señalarse que todas las figuras sancionatorias de la L.t.v.p.t. tutelan la gestión administrativa de ordenamiento vial, y la violación de normas de tránsito generan una sanción por afectar ese único bien jurídico menor. Por más esfuerzo estatal en ordenar el tránsito de vehículos, la gestión administrativa en sí no es un bien jurídico superior como la vida, el patrimonio o la buena fe de los negocios, etc., como para llevar su protección al plano penal. Distinto es el caso de los delitos previstos en los §§ 256 y 257 del C.p., que tutelan el transporte cuando es suspendido o impedido, por llevar en sí mismos la libertad de tránsito consagrada el § 22 de la Const.Pol.; se trata de acciones lesivas a las personas y no tanto a la gestión administrativa, por lo que la protección se ha elevado a lo penal como ultima ratio. Aquí la segunda razón para afirmar que las transgresiones a la L.t.v.p.t. no

tienen naturaleza penal sino administrativa: no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos elevados a la tutela penal, y sólo implican inobservancia a la gestión administrativa. Y a estas dos, puede agregarse una tercera razón, esta vez de orden procesal: en la mayoría de los casos es el inspector de tránsito (funcionario administrativo) quien impone la sanción, sin guardar el ritual del debido proceso, necesario para defender la presunción de inocencia reinante ante todo hecho delictivo; de este modo, la comparecencia ante el Juzgado de Tránsito por la inconformidad del sancionado, es la impugnación de la sanción administrativa impuesta. Por todo ello, se tiene como conclusión que las transgresiones a la L.t.v.p.t., tienen naturaleza administrativa y no penal; y consecuencia de esto es que la sentencia emitida en el proceso de tránsito, no produce cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho. Es decir, puede fallarse un caso en la jurisdicción de tránsito y en la jurisdicción penal, sin que la decisión en una haga cosa juzgada para la otra. Es así porque los hechos pueden tener distintos perfiles jurídicos, como son los siguientes casos: (i) Del empleado que da muerte a su empleador, lo que genera un despido y un proceso laboral así como un proceso penal por el homicidio, sin que la sentencia del Juzgado de Trabajo haga cosa juzgada ni permita la excepción de non bis in idem en lo penal. (ii) Otro ejemplo podría ser el del notario público que falsifica una escritura: las consecuencias de orden administrativo son los castigos del Colegio de Abogados de Costa Rica y de la Dirección de Notariado, así como el proceso penal por el delito de falsedad ideológica; ninguna de las resoluciones administrativas disciplinarias hace cosa juzgada ante la jurisdicción penal. (iii) La acción del maestro que abusa deshonestamente de alumno, dando origen a una acción administrativa disciplinaria cuyo resultado es el despido, a la vez de generar un proceso penal por delito; ninguno de los asuntos produce cosa juzgada en el otro. Así, si alguien por exceso de velocidad en la conducción de su vehículo causa una muerte, el hecho puede ser objeto de proceso en la jurisdicción de tránsito y en la jurisdicción penal, sin que la sentencia de una haga cosa juzgada en la otra; el Juzgado de Tránsito resuelve acerca de una sanción administrativa, mientras los tribunales penales imponen una sanción por delito. En consecuencia, la resolución impugnada en casación no se ajusta a derecho en cuanto acogió la excepción de cosa juzgada, al determinar

que los hechos habían sido resueltos en la jurisdicción de tránsito antes de su conocimiento y resolución en la jurisdicción penal, pues, como se indicó, la sentencia del Juzgado de Tránsito no produce cosa juzgada de naturaleza penal, con lo que no se genera la excepción de non bis in idem. No se trata de un problema de incompetencia del Juzgado de Tránsito, sino de jurisdicciones paralelas. Así, por razones distintas a las expuestas por la recurrente, se declara con lugar el motivo del recurso, se decreta la nulidad de la resolución venida en alzada y se ordena el reenvío. Por la forma como se resuelve este asunto, pierden interés los otros motivos del recurso de la Fiscala F. así como el recurso del Defensor Civil de la Víctima, por lo que se omite cualquier pronunciamiento respecto de ellos. De no ser así, se indica para mayor abundamiento, que no resiste un examen apagógico la situación por la cual un hecho de tránsito simple, sin lesiones culposas, trae como consecuencia la intervención de oficio de las autoridades estatales y la sanción correspondiente; sin embargo, si con la acción se causan lesiones culposas, mientras la víctima no denuncie (§ 18.c, C.p.p.) no hay proceso y no interviene el Estado. Sería más grave no lesionar culposamente en hechos de tránsito, lo que resulta absurdo e inaceptable para el ordenamiento jurídico. El asunto se salva porque la jurisdicción de tránsito es paralela a la penal y lo que suceda en una no afecta a la otra. Finalmente, la graduabilidad de la pena establecida en el § 128 de la L.t.v.p.t., no convierte a la figura en un delito menor, toda vez que no tutela un bien jurídico superior; ello a pesar de establecer como parámetros de incremento del castigo, la gravedad del hecho y la mayor culpabilidad, aspectos difíciles de determinar ante una simple ingesta etílica" [...] El Lic. G.M. no explica en su recurso por qué ese criterio jurisprudencial (entiéndase el de mayoría) es inconstitucional, y aunque se respeta su derecho a discrepar, no se ve cómo justificar razonablemente la adopción de sus pretensiones. Por mayoría de votos se declara sin lugar el recurso interpuesto, el juez Salazar Murillo Salva el voto.

(S 660-06 de las 15:45 hrs. del 05-07-06 del TCP).

BIBLIOGRAFÍA

Antillón, Walter. Teoría del Proceso Jurisdiccional. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001.

Arias Núñez, Carlos y Jiménez Vásquez, Carlos María. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996.

Armijo Sancho, Gilbert A. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal. Primera edición, San José, Colegio de Abogados, 1997.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel. Ministerio Público y Estado de Derecho: El Caso de Costa Rica. En: "Una Oportunidad para Reflexionar". XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003.

Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal. En: "Revista de Ciencias Penales". Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica.

Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004.

Cafferata Nores. La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. Concepto y principios constitucionales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1995.

Carvajal, Marvin. El proceso penal en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Texto inédito, 2005.

Castillo González, Francisco. El principio de inmediación en el proceso penal costarricense. En: "Revista Judicial". Número 29, junio de 1984, citado por González Álvarez, Daniel. En: "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías

del proceso penal”. Texto de la Conferencia impartida en el Seminario Internacional sobre Oralidad, Santiago de Chile, junio de 1995. Antología de la oralidad en los procesos judiciales, compilada por Gabriela Jara, Escuela Judicial, 1999.

Cortés Coto, Ronald y otro. La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal. Escuela Judicial, 1995.

Cruz Castro, Fernando. El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal costarricense. En: “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, 1996, p. 266.

Cruz Castro Fernando. La investigación y persecución de la corrupción, observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos. En: “Ministerio Público y Estado de Derecho: El Caso de Costa Rica”. En: “Una Oportunidad para Reflexionar”. XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000.

Cruz, Castro. La investigación y persecución de la corrupción, observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los Sistemas Penales Latinoamericanos. En: Una oportunidad para reflexionar, San José, Costa Rica, 2000, pp. 206-207.

Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. En los linderos del ius puniendi. Principios constitucionales en el derecho penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, Costa Rica, 2005.

Dall'Anese Ruiz, Francisco. La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal. En: “La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho”. Primera edición, Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, San José, 1996.

Eser, Albin. Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano. En: “Revista de Ciencias Penales”. Número 15, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica.
Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Quinta Edición, Madrid, 2001.

González Álvarez, Daniel. Procedimiento Preparatorio. En: Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal.

González Álvarez, Daniel y Houed Vega, Mario. Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal. En: "Revista de Ciencias Penales". Número 10, septiembre, 1995.

González Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Civitas, segunda edición, (citado por Carvajal, Marvin), 1989.

Houed Vega, Mario y otros. El Debido Proceso Penal. En: "Proceso Penal y Derechos Fundamentales", Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1997.

Ibañez, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. En : "La sentencia penal". Madrid, 1992.

López Barja de Quiroga. La motivación de la sentencia penal. En: La Sentencia Penal, Mateu Cromo, S.A., Madrid, 1992.

Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal: garantías procesales, primera parte. San José, Editorial Jurídica Continental, tomo II, 2005.

Derecho Procesal Penal: garantías procesales, segunda parte. San José, Editorial Jurídica Continental, tomo III, 2007.

Maier, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo II, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989.

Maier, Julio. La víctima y el sistema penal. En: "De los delitos y las víctimas", Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.

Martínez García, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal. Universidad de Valencia, Editorial lo blanch, Valencia, España, 2003.

Mendoza Buergo, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Primera Edición, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001.

Mora Mora, Luis Paulino. Principio pro libertate y proceso penal. En "Seminario sobre Justicia Constitucional". San José, Editorial Juricentro, 1993

Pastor, Daniel R. La nueva imagen de la Casación Penal. Primera Edición, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2001, p. 207.

Piza Escalante, Rodolfo. Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución. En: "Seminario sobre Justicia Constitucional". Editorial Juricentro, San José, 1993.

Piza Escalante, Rodolfo. Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica. En: "Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz". Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica. (Compilado por Juan Carlos Castro Loría), Imprenta y Litografía García Hermanos, San José, Costa Rica, 1994.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. Proceso, democracia y humanización. En: "Nuevo Procesal Penal y Constitución". Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1998.

Rojas Salas, Manuel. Las Deficiencias Investigativas del Ministerio Público y su Incidencia en el Proceso Penal. En: "Revista de la Defensa Pública". Número 3, octubre de 2003.

Roxin, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: "De los delitos y las víctimas". Editorial Ad Hoc, Argentina, 1992.

Tijerino Pacheco, José María. Constitucionalización e Independencia del Ministerio Público. En: "Una Oportunidad para Reflexionar". XXV Aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000.

Villán Durán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Citado por Llobet Rodríguez, Javier). Derecho Procesal Penal. II Garantías Procesales (Primera Parte). Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2005.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 34933