



## El principio de preclusión en materia penal

<b>Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.</b>	<b>Descriptor: Principios Procesales Penales.</b>
<b>Palabras Clave: Preclusión en materia penal, Saneamiento de defectos, Derecho de abstención, Audiencia preliminar, Actividad procesal defectuosa.</b>	
<b>Fuentes: Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración: 18/07/2014.</b>

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el principio de preclusión en materia penal. Por medio de las sentencias explican los términos de preclusión en materia penal, el saneamiento de defectos, el derecho de abstención, la audiencia preliminar, y la actividad procesal defectuosa, entre otros.

### Contenido

JURISPRUDENCIA .....	2
1. Principio de preclusión en materia penal: Saneamiento de defectos deben efectuarse en la etapa procesal en que se han detectado .....	2
2. Derecho de abstención en el proceso penal: Características y análisis en relación con el principio de preclusión .....	4
3. Audiencia preliminar: Momento procesal oportuno para dilucidar alegatos de las partes en un procedimiento abreviado .....	9
4. Actividad procesal defectuosa en materia penal: Inexistencia en caso de modificarse la acusación durante la etapa del debate .....	10
5. La preclusión no puede alegarse cuando se está frente a actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país o en la ley .....	13
6. Principio de preclusión en materia penal: Reclamo extemporáneo del desistimiento tácito .....	15
7. Principio de preclusión en materia penal: Consideraciones relativas a la actividad procesal defectuosa y saneamiento .....	17

## JURISPRUDENCIA

### 1. Principio de preclusión en materia penal: Saneamiento de defectos deben efectuarse en la etapa procesal en que se han detectado

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>i</sup>

Voto de mayoría:

“II- Señala el señor Juez Penal que se trata de un conflicto "*sui géneris*" porque no hay una controversia abiertamente planteada entre dos órganos jurisdiccionales, sino que él considera que el Tribunal de Juicio se equivocó al devolver y retrotraer el proceso a una fase ya de sobra precluida como es la fase de investigación y luego la intermedia, cuando es claro el numeral 179 del Código Procesal Penal (en adelante *CPP*) en indicar que, so pretexto del saneamiento de defectos, no se podrá retrotraer el proceso a fases ya precluidas. Considera que el Juzgado Penal ya perdió toda competencia en este asunto porque ya había sido elevado al Tribunal de Juicio y resueltas todas las cuestiones propias de esa etapa procesal, de modo que la competencia "*la ha asumido el Tribunal Penal de este Circuito, quien como más adelante se dirá, pretende retrotraer el proceso a etapas ya precluidas, otorgándole de nueva cuenta al Juzgado Penal, competencias que le son ajenas [...]*" Cfr. folio 416. Hace un repaso del sistema procesal diseñado por el legislador, para dar énfasis a la importancia de que los defectos que se presenten en la actividad procesal, sean saneados en la etapa que se encuentren sin devolver el proceso a fases superadas. En razón de ello, estima que en este caso el Juzgado Penal no tiene competencia para conocer de la audiencia preliminar y que el asunto corresponde asumirlo y continuarlo el Tribunal de Juicio.

III- Aunque el señor Juez Penal lleva razón en todas sus consideraciones de fondo, no es el procedimiento del conflicto incompetencia la vía que procede en este caso. En primer lugar porque la decisión del Tribunal de Juicio implicó devolver los autos *a la fiscalía* y no al órgano jurisdiccional directamente, lo que en cualquier caso, no implica por sí mismo que una vez que finalmente se solicite al Juzgado Penal una decisión por parte de la fiscalía, este órgano jurisdiccional no advierta el conflicto, no obstante que en este caso esta vía no procede. Lleva razón el señor Juez Penal al exponer que bajo ninguna circunstancia, el pretendido defecto que se detectó en fase de juicio, debió implicar el regreso del proceso a la etapa de investigación, pues (i) en primer lugar, la inexistencia de denuncia de la víctima no es un defecto ni omisión que implique la ineficacia de lo actuado en este caso, porque se investiga un delito de acción pública que no requiere anuencia de la víctima para su investigación y ya en sede de juicio el ofendido podrá manifestar su relato y dar su versión de lo ocurrido; (ii) luego, aún cuando no se hubiera informado a la víctima de sus derechos procesales, pues la oportunidad para ello es precisamente cuando denuncia el hecho, lo cierto es que ya el proceso estaba definido, la acusación, la prueba y las pretensiones de las partes establecidas, de manera que no había que reponer ni la acusación, ni la prueba ofrecida tanto en lo penal como en la acción civil ya formalizada, ni definir si el proceso debía ir a debate, pues todo eso estaba ya resuelto y sobre ese tema no

había que disponer absolutamente ninguna ineficacia; **( iii )** asumiendo que se estimara pertinente conceder al ofendido la posibilidad de accionar civilmente, ese aspecto pudo ser subsanado en sede de juicio, suspendiendo el debate, para dar un tiempo prudencial para el establecimiento de la acción civil, su traslado al demandado civil, la posibilidad de ofrecer prueba, aunque desde luego, tal solución implica retrasar el proceso penal, en el que la acusación y querrela, si la hubiera, son la cuestión principal, sin que lo accesorio tuviera la virtud de incidir en su avance. Si bien es cierto la acción civil, en el procedimiento normal, debe ser presentada antes de formalizarse la acusación, en este caso es claro que se trata de sanear un presunto defecto y por ende, la solución debe adaptarse a la fase en que se ha detectado, si ello es posible, sin lesionar los derechos de las partes, lo que bien puede hacerse en sede de juicio, como se hace, por ejemplo, para los delitos de acción privada, un trámite que no implicaría mayores retrasos, porque el marco fáctico principal ya está definido y se pretendería un reclamo civil sobre la base de la existencia del hecho ilícito; **( iv )** en cualquier caso, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, si bien es una opción de la víctima, tampoco impide que la ejerza en la sede civil, de modo que su derecho de accionar no se ve cercenado y el proceso penal en su cuestión principal, no sufre retrasos como el ocurrido en este caso, donde se trata de hechos que acaecieron en el año 2005, y ocho años después -tres de ellos estando el proceso en sede de juicio- aún no se discute finalmente en debate. A la altura procesal dicha, no era posible retrotraer el proceso para sanear un aspecto accesorio, que en cualquier caso no cercena el derecho de tutela de la víctima del delito, quien podrá acudir, una vez resuelto lo penal, a la sede civil en demanda de sus derechos. Es innegable que la decisión de declarar la ineficacia del auto de apertura a juicio y la audiencia preliminar es una decisión equivocada y procesalmente incorrecta, que ocasionó serios perjuicios a los derechos de las partes a que se obtenga una pronta solución al proceso penal y además distorsiona y causa gran confusión a las partes sobre la conducta procesal a desplegar, por no haber dimensionado el Tribunal de Juicio siquiera los efectos de tan improcedente decisión, como era su obligación, dada la restricción expresa que contiene el numeral 179 *CPP* en cuanto, precisamente, a regresar al proceso a fases anteriores, cuestión que resulta excepcionalísima y que, de adoptarse, requiere una adecuada motivación y un puntual detalle de las acciones a reponer y su alcance. Aunque la decisión sobre la admisibilidad de la acción civil y la prueba bien podrían realizarse en la misma sede de juicio, pues en realidad lo que interesa, a propósito de lo sucedido, es sanear la actividad defectuosa y respetar los derechos de las partes y no necesariamente aferrarse a una etapa particular como la fase intermedia o la audiencia preliminar, en un proceso como este en el cual ya esa fase se realizó e incluso así lo contempla el numeral 179 *Cpp* en que apoya el Juez Penal sus argumentaciones, lo cierto es que en la actualidad, lo que procede es que el Juez Penal valore la situación, el alcance y tema que motivó la protesta de actividad procesal defectuosa que fue acogida por el órgano de juicio, la actuación que debía ser corregida y repuesta únicamente, con motivo de tal decisión y defina lo que corresponda, conforme a la acción civil en el caso de E., pues es un hecho que ya el Tribunal de Juicio no renovó el acto, ni realizó la actuación omitida, ni permitió que en esa sede, como debió haber sido, se diera el saneamiento de los defectos o se pronunciara directamente sobre la oportunidad de tal discusión a la altura procesal del debate, tratándose de una cuestión accesorio, conforme se razonó. En cuanto a la acusación, no hay base legal alguna para estimar que el Ministerio Público podía “reemplazar” la existente, porque en cualquier caso la ineficacia que decretó en forma errónea el Tribunal de Juicio, nunca alcanzó la acusación ni lo demás

que ya había sido definido y si el Ministerio Público quería realizar correcciones materiales o mejorar su redacción, es en la etapa de juicio y conforme las disposiciones del numeral 348 CPP que debe hacerlo, por lo que no debe someterse nuevamente al Juez Penal la discusión de todos esos aspectos que ya están definidos. En consecuencia, aunque lleva razón el juzgador en sus planteamientos, debe tomarse en cuenta que ya se desplegó toda una actividad procesal por el órgano acusador, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Juicio, razón por la cual el conflicto que plantea a estas alturas resulta estéril e innecesario y es inadmisibile, porque ya el proceso, de hecho, se retrotrajo a una etapa anterior, en la que, ciertamente, no debe discutirse todo lo que ya fue definido, conforme se indicó, limitándose el juzgador a los puntos no resueltos con anterioridad, relativos a la acción civil resarcitoria planteada por el ofendido E., su admisibilidad o no, así como de la prueba relacionada con ese aspecto y resolver sobre esos temas que fueron los que en su oportunidad, motivaron la decisión del Tribunal de Juicio. La vía utilizada por el juzgador, podría ser adecuada en otros supuestos, pero por la naturaleza de lo que se discute, el tiempo procesal en que se encuentra la causa y la actividad procesal ya desarrollada, lo que procede es que el juzgador se avoque a pronunciarse sobre el acto que debió reponerse y tome la decisión que corresponda, según su criterio y luego remita los autos con lo ya resuelto anteriormente –apertura a juicio, prueba y la acción civil de la actora W. ya constituida desde entonces- actos y decisiones éstos que no deben ser repuestos, porque ya fueron realizados y conservan plena vigencia, ello con el fin de que se proceda por el órgano de juicio conforme sus competencias y se realice en debate en este asunto con la mayor celeridad.”

## **2. Derecho de abstención en el proceso penal: Características y análisis en relación con el principio de preclusión**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría

“I.- [...] El estudio de los argumentos que han sido plasmados en los recursos de casación interpuestos, así como los externados por el fiscal Grijalba Alfaro en el libelo de contestación a las impugnaciones formuladas (cfr. folios 90-91), así como los argumentos que en sentencia se han externado, conducen a rechazar la protesta formulada en contra de la sentencia dictada por el tribunal de mérito. La principal interrogante que debe llamar a reflexión radica en la procedencia del **principio de preclusión** en los casos de ejercicio del derecho de abstención amparados en el numeral 36 de la Constitución Política patria, para estos efectos, conviene transcribir esta norma jurídica que señala: *"En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes (sic) colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad"*. El Código Procesal Penal desarrolla este derecho constitucional al consignar en el artículo 205: ***"Facultad de abstención. Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes***

de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas" (El subrayado es suplido en la redacción). La lectura pormenorizada de ambas disposiciones legales permite advertir que la carta magna patria contempla un derecho constitucional consistente en la posibilidad de elección de declarar o abstenerse de hacerlo en los supuestos de parentesco especificados. De allí que el ejercicio de este derecho debe ser respetado por las autoridades judiciales, independientemente de los efectos que pueda generar en el resultado de un proceso penal determinado. Ello resulta de esta manera debido a la proclamación de la familia como un pilar del Estado costarricense, en esta línea de pensamientos el numeral 51 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, expresamente señala: *"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el anciano y el enfermo desvalido"*. Ahora bien, puede apreciarse en el párrafo final del numeral 205 de la ordenanza instrumental penal que el ejercicio de este derecho reviste las siguientes características: *i.-* La decisión del titular de este derecho requiere inicialmente de la información clara y precisa de esta posibilidad. *ii.-* Una vez tomada la decisión de declarar, la misma podría ser modificada en el transcurso de la declaración, ya fuese decidiendo abstenerse de declarar en forma total, o bien, en forma parcial no brindar contestación a algunas preguntas. Ahora bien, no encuentra este órgano jurisdiccional razones válidas para sostener, como se realiza en los recursos de casación interpuestos, que si una persona decidió ejercer su derecho de abstención, no pueda modificar tal criterio posteriormente. Se estima que llevaría tal posición al contrasentido de brindar un trato disímil a situaciones iguales. Continuando con esta vertiente de ideas, la interpretación del numeral 36 de la Carta Magna en armonía con el párrafo final del artículo 205 del Código Procesal Penal, permiten observar que la voluntad del legislador se encuentra en el derecho que posee exclusivamente el testigo que se encuentra entre los supuestos allí previstos de abstenerse de declarar en contra de sus familiares. De tal manera que es a estos testigos a quienes corresponda decidir si declaran o se abstienen de hacerlo, en caso de que declare, si deciden mejor abstenerse de declarar revocando totalmente su inicial opinión, o tan sólo parcialmente al no contestar algunas preguntas, igualmente entonces se deberá reconocer, que en el supuesto en que inicialmente optara por guardar silencio, tal criterio podría ser revertido igualmente durante la fase de recepción de pruebas para brindar declaración si esa fuera su voluntad. Los anteriores enunciados cobran mayor contundencia en el caso bajo examen en el que se aprecia que la víctima es persona menor de edad y que la justificación brindada por el Ministerio Público para solicitar de nuevo su comparecencia a la sala de juicios se motivó en que *"...había sentido miedo y que quería que su madre estuviera presente"* (Cfr. recurso presentado por la defensa del justiciable a folio 80). Este fundamento se ha de relacionar con el precitado numeral 51 de la Constitución Política de la República de Costa que igualmente garantiza una protección especial a los niños por parte del Estado, igualmente con el Código de la Niñez y la Adolescencia que desarrolla el principio del interés superior del niño, máxime en casos como el presente en el que precisamente figura una menor como víctima de la comisión del delito de abusos sexuales, ilícito perpetrado por su abuelo. En este sentido el artículo 5 del cuerpo legal especializado sostiene: *"Artículo 5º- **Interés superior.** Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá*

considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social". Si este panorama procesal ya de por sí es hostil para una persona adulta, por la variedad de intereses que en conflicto convergen, su manejo es mucho más complicado para una menor de edad. No puede perderse de vista que el episodio delictivo acreditado sucedió cuando la víctima contaba con escasos cinco años de edad y que su declaración se produce a los once años de edad (Ver. denuncia de folio 3 y acta de debate de folios 72 - 75). Debe agregarse que la solicitud de encontrarse acompañada por una persona de su confianza, en este caso su madre, no representa sino el ejercicio de un derecho que en beneficio de las personas menores de edad se encuentra contemplado en el artículo 107 inciso c) del Código de la Niñez y de la Adolescencia, disposición normativa que a la letra establece: "Artículo 107°- Derechos en procesos. En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: a) Ser escuchadas en su idioma y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte. b) Contar con un traductor o intérprete y seleccionarlo cuando sea necesario. c) Acudir a las audiencias en compañía de un trabajador social, un psicólogo o cualquier otro profesional similar o una persona de su confianza. d) Recibir del juez información clara y precisa sobre el significado de cada una de las actuaciones que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada decisión. e) Que todo procedimiento se desarrolle sin demora, en términos sencillos y precisos. f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución que establezca la medida de protección, la autoridad judicial o administrativa deberá explicar a la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual se seleccionó tal medida. g) No ser ubicadas en ninguna institución pública ni privada sino mediante declaración de la autoridad competente, previo agotamiento de las demás opciones de ubicación. Queda a salvo la medida de protección de abrigo, dictada por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia. h) La discreción y reserva de las actuaciones. i) Impugnar las decisiones judiciales y administrativas, conforme a lo dispuesto en este Código" (El subrayado no pertenece al original). Por último, si durante el receso, la menor ofendida tuvo la oportunidad de dialogar con su madre y la psicóloga, quienes le preguntaron sobre el motivo de su decisión no de declarar, indicándose, según se afirma en el recurso de casación interpuesto por la defensa, que ha sido el temor y el deseo de encontrarse acompañada por su madre, los factores determinantes de su opinión, se participa del criterio del Tribunal de Juicio que autorizó la recepción de su testimonio durante la fase de recepción de pruebas del debate celebrado en este proceso. Se estima asimismo, que el advertir a la menor que sus hermanos y un primo estaban siendo involucrados en este proceso, información cuya validez no cuestionan los recurrentes, representa un dato de información valioso que la menor debió conocer con el propósito de poder tomar con propiedad una decisión que solamente a ella incumbe sobre su deseo de declarar o abstenerse de hacerlo. Por estas razones expuestas se rechaza este motivo de casación.

[...] iii .- *Falta de exposición del razonamiento empleado para justificar que la menor ofendida rindiera declaración luego de haber expresado inicialmente su deseo de abstención.* Otro vicio en la fundamentación del fallo se encuentra en la falta de explicación de los motivos por los que se autorizó la declaración de la menor luego de que inicialmente se había abstenido de declarar. Se retoma en esta arista de disconformidad que la menor

reconoció que iba a declarar porque su madre le indicó que se había señalado a sus primos y hermanos como autores de los abusos sexuales perpetrados en su perjuicio. Se irrespetó el principio de incomunicabilidad entre los testigos y adicionalmente se contaminó la declaración que la menor podía rendir en debate. Esta situación, reitera el imputado, debió ser analizada minuciosamente por el órgano sentenciador, máxime que no existe registro alguno que permita imponerse del contenido de la conversación mantenida por la víctima, su madre y la trabajadora social. Concluye el recurrente exponiendo que: "*Dentro de un estado social de derecho toda persona tiene como beneficio que al emitirse una sentencia condenatoria la misma contenga un adecuado análisis de la prueba y que la misma establezca de forma completa, clara y precisa el análisis de todos los cuestionamientos realizados por las partes, situación que en mi caso no se efectuó lesionando mis derechos como ser humano*" (cfr. folio 87). Como pretensión se solicita la declaratoria con lugar de este motivo de casación, se anule la sentencia impugnada y se ordene la celebración del correspondiente juicio de reenvío. **Estos reclamos no pueden prosperar.** [...] Por último, el impugnante menciona que en la sentencia tampoco se indicaron los motivos por los que se permitió a la menor rendir declaración testimonial luego de haber optado por abstenerse de declarar, a la vez que fue omiso el fallo en valorar la influencia y contaminación ejercida por su madre en su relato. De nuevo estos enunciados no encuentran amparo en el estudio de la resolución cuestionada. Este específico tema fue objeto de pronunciamiento, al indicarse: "*En efecto, el Tribunal escuchó la versión de la menor ofendida M, quien es nieta del imputado y actualmente cuenta con once años de edad, la cual de manera sencilla, clara y coherente narró al Tribunal, que la cadena de abusos sexuales de que fue víctima por parte de su abuelo el imputado M, inició cuando ella tenía cinco años de edad y acostumbraba visitar con mucha frecuencia la casa de sus abuelos maternos en[...]. Aclara la menor, que ella recuerda la fecha en que se inició la situación abusiva, porque para ese momento se encontraba cursando el "Kinder", lo que es una circunstancia creíble, en el sentido de que, a pesar de su corta edad y de los secuelas psicológicos que a la fecha atraviesa, tiene presente una fecha que es importante para niños de esa edad, de manera que su razonamiento respecto a este extremo es claro y lógico. Y es que M, como se adelantó, a pesar de mostrar un ánimo deprimido, aplanado si se quiere, tensión y cierta dificultad para expresarse al inicio de su declaración, pues se frotaba las manos constantemente y tardaba en responder, al punto de que, inicialmente, al ser informada de su derecho de abstenerse de declarar, dado el parentesco que le unía al imputado, indicó que prefería "guardar silencio". Sin embargo, luego del receso durante la primera audiencia del debate, transmitió al Tribunal por medio del representante fiscal que deseaba declarar, siendo que, una vez trasladada nuevamente a la sala de debates para que explicara al Tribunal de viva voz los motivos de ese cambio de criterio, y así confirmar o descartar la posibilidad que de alguna manera se le estuviera coaccionando por los familiares que la acompañaban para actuar en un sentido o en otro, se mostró ya más segura y decidida, mientras que por otra parte, pudo verbalizar de manera clara y hasta vehemente, las razones por las cuales, a pesar de haber entendido sus derechos en esa primera oportunidad, optó por no declarar.- Valoró el Tribunal, en ese sentido, que la niña fue bastante espontánea al aclarar este aspecto, indicando que si había entendido que podía o no declarar, pero que en ese momento se encontraba muy nerviosa. Y bien es cierto, indicó también que el otro motivo por el que cambio de opinión, fue porque se enteró de que durante el debate se dijo que los que la habían tocado eran sus propios" hermanos y primos", y que esto se lo había contado su mamá. Tal circunstancia por no implica para el Tribunal,*

una manipulación mal intencionada de la menor para que declare en algún sentido, lo que si revela sin lugar a dudas es que durante el receso de la hora de almuerzo, su progenitora, quien había declarado primero que ella y fue consultada respecto a este extremo, le había comunicado esta situación a su hija, lo que es sin duda reprochable porque incumplió con su deber de no comunicarse con los testigos. No obstante, esta "contaminación" no elimina su derecho a que, como víctima directa de un hecho punible, informé al Tribunal lo que desee. Tal situación, resolvió el Tribunal, debía ser analizada al momento de analizar la credibilidad de su dicho como ahora se hace. En todo caso, las manifestaciones de la menor en el sentido de que lo que la convenció de declarar, lo fue el que ella quería decir la verdad, porque no fueron sus hermanos quienes la tocaron, resultaron a juicio del Tribunal muy sinceras y creíbles. De manera tal, que no detectando esta Cámara, la existencia de presiones indebidas en la menor declarante, más allá de las mencionadas que no invalidan su dicho, el Tribunal resolvió que debía escucharse su versión a pesar de haber indicado en un primer momento que "prefería guardar silencio".- Fundamentó además su resolución el Tribunal, en que no se puede afirmar, como lo hizo el señor defensor, que la oportunidad para que la persona menor de edad rindiera su declaración "había precluido (sic)". En primer término, consideró el Tribunal, que no existe una disposición en el nuestro Código de Rito, que establezca una sanción procesal de esa naturaleza para el caso concreto, por lo que la interpretación pretendida en el sentido de que el derecho de declarar había precluido (sic), resultaría una interpretación que limita el ejercicio de un derecho conferido a la parte y por ello ilegal, mientras que, por otra parte, no se había siquiera evacuado la totalidad de la prueba testimonial, como para alegar la preclusión solicitada. Consideró igualmente, que en este caso, debía de valorarse que el declarante lo era un menor de edad de escasos once años, por lo que su inmadurez probablemente medio en su primera decisión. Ahora bien, de lo dicho por M en cuanto a este extremo, se tiene únicamente que realidad lo que se le informó a la menor durante el receso fue que se había dicho en el debate que las personas que la tocaron eran otra diferentes a su abuelo, lo que en realidad no tiene relación con los hechos que se estaban discutiendo en ese momento, y que versaban exclusivamente sobre las acciones que el imputado M ejerció sobre su cuerpo y no sobre acciones similares de terceros. Diferente hubiera sido, a juicio del Tribunal, si la menor víctima hubiera manifestado que lo que su madre le dijo era que tenía que venir a declarar contra su abuelo M. Es decir, que en realidad, aun cuando indebido el comportamiento de la madre, no debe considerarse como un presión indebida para que la niña declarara en un sentido o en otro. Por lo demás, la persona menor de edad permaneció antes de su primera intervención asistida por una funcionaria de la Oficina de Trabajo Social de este circuito, quien también la acompañó unos minutos al salir, en cuyo caso, su presencia también debe considerarse como indicador de esta falta de manipulación, pues ni ella, ni el señor fiscal reportaron nada irregular al Tribunal durante la siguiente audiencia. Debe analizarse en relación a este extremo adicionalmente, si con tal decisión se violentó algún derecho fundamental del imputado, por cuanto así fue alegado por la defensa en ese momento. El Tribunal considera por el contrario, que con la decisión de escuchar la versión de la persona menor de edad, luego de que se retractara de su decisión anterior de abstenerse de declarar, no violenta derecho alguno del imputado. En ese sentido, debe tenerse presente que el derecho de abstención está concedido a la persona que declara, precisamente para proteger la relación familiar que le une con el imputado, y no a éste último, quien ni siquiera puede invocarlo en favor del declarante. En el caso concreto, considera el Tribunal, que su decisión tiene únicamente el efecto de dar contenido real y verdadero al derecho de toda víctima en un proceso penal de ser oída,

*brindándole la ocasión de ser escuchada pese a que originalmente había declinado hacerlo. La decisión del Tribunal, encuentra respaldo adicional en lo dispuesto por el artículo 71, inciso 3.b reformado por la Ley de Protección a víctimas y testigos, que expresamente tutela el derecho de la víctima a ser escuchada en juicio, sin que puede alegarse vicios formales para denegar tal posibilidad" (cfr. folios 63 vto a 65 la transcripción es literal). Debe concluirse de la lectura del texto de la sentencia transcrito que, contrario a lo que afirma el encartado, en la sentencia fueron expuestos los argumentos por los que el tribunal consideró que no se producía transgresión alguna con la recepción del testimonio de la víctima en las condiciones analizadas. Esta conclusión, por las razones que fueron ya expuestas a la hora de resolver el primer motivo de impugnación, son compartidas por los suscriptores de esta resolución, consecuentemente se declara sin lugar este supuesto de inconformidad."*

### **3. Audiencia preliminar: Momento procesal oportuno para dilucidar alegatos de las partes en un procedimiento abreviado**

#### ***Principio de preclusión en materia penal: Incompetencia del juez de juicio para conocer alegatos de las partes en un procedimiento abreviado***

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

**"IV.-** En cuanto al único motivo de la defensa por la forma, la falta de fundamentación de los alegatos o reclamos de la defensa, se rechaza este motivo. Lo anterior por cuanto para esta Cámara es muy claro que el proceso penal vigente en Costa Rica las competencias de los juzgadores están muy bien delimitadas a lo largo de fases procesales. En el caso que interesa se está gestionando un procedimiento especial abreviado (previsto en los numerales 373 a 375 del CPP), que requiere de una negociación entre las partes de la cual resulta un acuerdo respecto a tres puntos esenciales del proceso, primero que las partes todas estén de acuerdo en aplicar esta medida alterna; segundo, que se pongan de acuerdo en cuanto a la pena aplicable al caso concreto, y tercero, que el acusado además de estar de acuerdo con las dos negociaciones anteriores acepte lo hechos que se acusan en su contra. Una vez que las partes convergen en un punto de acuerdo respecto a esos aspectos indicados *supra*, el Juez Penal aprueba el procedimiento especial y remite el trámite ante el Tribunal de juicio (ver art. 319 del CPP). Este acuerdo de voluntades es lo que se desprende del acta de audiencia oral que se observa a folio 113 del sumario, sobre todo si está suscrito por estos interesados, como el caso bajo examen, sea que de esa audiencia las partes deben salir de acuerdo en todos los extremos que resulten de la misma, sin que esté pendiente o exista controversia respecto a ninguna situación procesal que pueda entorpecer el curso del procedimiento especial abreviado. Por otra parte el Juez de Juicio debe conocer únicamente de aceptar o no el procedimiento especial abreviado que se somete a su conocimiento, sin que existan situaciones pendientes de discutirse. Caso contrario, sería como una continuación de la audiencia preliminar y no operaría en ningún momento el principio de preclusión procesal que rige el proceso penal nuestro, que se

contempla de manera genérica en el numeral 179 del Código Procesal Penal, según el cual el proceso está dividido en fases independientes y que no es posible retrotraer el proceso a fases ya precluidas (sic). Por todas estas consideraciones es que se estima que los alegatos que menciona la defensa no resueltos debieron resolverse en la audiencia preliminar de folio 113 y por ello suscribió conforme con lo acordado el acta de la audiencia, y no corresponde al Juez de Juicio seguir conociendo de estos reclamos por escapar de su competencia para el caso concreto, corresponde por ello rechazar en todos sus extremos el reclamo planteado por el recurrente.”

#### **4. Actividad procesal defectuosa en materia penal: Inexistencia en caso de modificarse la acusación durante la etapa del debate**

##### ***Principio de preclusión en materia penal: Aplicación y distinción con la caducidad***

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

**“III.- Los reclamos son de recibo.** En el primer motivo, el Ministerio Público alega que la juzgadora no le permitió corregir un error material relativo al período en que se estimó como posible la comisión del hecho delictivo por parte del justiciable Solís Herrera, para que se entendiera que lo fue en el lapso comprendido entre el 01 de enero de 2004 y el 20 de mayo de 2005 y no como por error se indicó en la acusación. Sobre ello se deben precisar algunos aspectos. En primer lugar, que en efecto podría establecerse que cuando se indica en la acusación que los hechos atribuidos a dicho encartado se produjeron: *"Entre el primero de enero al veinte de mayo de dos mil cinco..."* (puntos 1, 2 y 3 de la requisitoria fiscal, folios 75 y 76), ello bien podría responder a un error material, pues, de conformidad con las denuncias presentadas en autos, tanto los hechos atribuidos a Solís Herrera como los imputados a Xx Xx habrían sucedido en un mismo período, resultando que, con respecto al segundo acusado, la fiscalía sí señaló que la conducta se habría cometido: *"Entre el primero de enero del dos mil cuatro al veinte de mayo del dos mil cinco..."* ( punto cuarto de la requisitoria, folio 76). En otras palabras, del propio contexto de la acusación se deriva la posible existencia de un error material en cuanto al período que interesa, yerro que efectivamente la fiscalía trató de corregir, pero se le rechazó la solicitud, ante lo cual formuló reserva de casación (ver folios 244, 245 y 262). Debe indicarse, en segundo lugar, que la juzgadora estimó que con la modificación que se pretendía hacer se estaba *"variando sustancialmente lo acusado por parte de la Fiscalía"* y que ello provocaba indefensión. Pero, lo anterior carece de fundamento, porque no se indican los motivos por los cuales se arribó a esa conclusión. En otras palabras, la ampliación del período en que pudieron haber tenido lugar los hechos no necesariamente es una variación sustancial de los hechos acusados y sólo provoca indefensión cuando desde el punto material o técnico se procura demostrar que los hechos no pudieron cometerse en el lapso originalmente señalado por el Ministerio Público, tema que la juzgadora no examinó en este caso concreto. En tercer lugar, sobre aspectos como los que aquí se cuestionan, puede consultarse el voto número 0984-2003 de las 10:20 horas del

31 de octubre de 2003, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se expuso lo siguiente: *"La acusación sí puede ser modificada durante la etapa de debate. El artículo 347 del CPP prevé expresamente la posibilidad de ampliar la acusación para incluir hechos nuevos que integran el delito continuado o configuran circunstancias agravantes del delito. La corrección de errores materiales o de circunstancias que no modifican sustancialmente la acusación ni siquiera se consideran ampliación de la acusación, según lo establece el artículo 348. Esa norma regula la ampliación de la acusación, mas no el saneamiento de actividad procesal defectuosa, tema que está regulado en los artículos 175 y siguientes del mismo cuerpo legal. Queda por resolver el problema de los defectos de la acusación que no impliquen la inclusión de hechos nuevos configurativos de agravantes o delitos continuados, o que no sean errores materiales o circunstancias que no modifiquen sustancialmente la acusación. Sobre este punto en particular, y durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, esta Sala, en la resolución de la nulidad por la nulidad comentada en el considerando tercero, estableció: 'Lo importante es que esas variantes fácticas en la acusación sean adecuadamente imputadas al acusado, y se le permita declarar, así como defenderse de ellas. El correctivo tiende precisamente a garantizarle su derecho de defensa, puesto que de lo contrario se violaría también el principio de correlación entre la acusación y la sentencia. Esta acusación correctiva es particularmente desarrollada por la jurisprudencia y por la doctrina italiana, con sustento en los dispositivos del Código Procesal Penal de 1930, del cual el nuestro tomó sus bases, por medio de la versión cordobesa... (Sala Tercera, No. 137-F-92 de las 9:10 horas del 4 de abril de 1992). En criterio de esta Sala, este precedente es plenamente aplicable al nuevo Código Procesal Penal, sobre todo si se toman en cuenta las consideraciones arriba expresadas sobre la similitud entre los dos sistemas de invalidez de actos procesales. En realidad no se está frente a un problema de etapas procesales, sino de derecho de defensa. Si la corrección de la acusación se hace dando al imputado la posibilidad de declarar y ofrecer prueba sobre los cambios en la acusación, ordenando incluso la suspensión del debate hasta por diez días para preparar la defensa, no hay razón para impedir la corrección de defectos sustanciales de la acusación en la etapa de debate."* (Ver considerando sétimo). Este criterio jurisprudencial fue reiterado por dicha Sala en el voto número 2004-0885 de las 10:10 horas del 23 de julio de 2004 y retomado por este Tribunal de Casación Penal (con otra integración) en el voto número 2005-0020 de las 8:50 horas del 27 de enero de 2005. Por ende, al Ministerio Público se le limitó, sin la necesaria justificación, el ejercicio de una facultad otorgada por la Ley. De todas maneras, con independencia de la situación antes descrita, debe concluirse, además, que el fallo de mérito carece de una adecuada fundamentación. Al examinar el considerando quinto de la sentencia (folios 275 a 285), se observa primeramente que, según la juzgadora, de la declaración de la menor ofendida y de su padre se desprenden *"varias versiones de los hechos acontecidos"*, en concreto que en las denuncias se dijo que la menor había sido objeto de abusos por parte de tres personas (los dos acusados y un tercero de nombre ); pero que en el contradictorio el padre de la menor ofendida declaró que la menor ubicaba específicamente a los dos imputados. En cuanto a ello, la Jueza de instancia señala que: *"...el padre omite el nombre de en su declaración, negando cualquier participación de un tercero en lo narrado por su hija, variando la versión de lo denunciado primeramente."* (Folios 275 y 276). Lo extraño es que el fallo no explica la importancia que pueda tener la omisión de marras, no sólo porque el testigo Xx se refería a los dos encartados que estaban siendo objeto del juicio, sino también porque a cada uno de ellos se le atribuyen hechos realizados en forma individual, sin la participación de

terceros, de modo que, en principio, el hecho de no haber mencionado a (persona que no fue acusada en razón de su edad), carece de toda relevancia. Igualmente la *a quo* intenta desacreditar el testimonio del padre de la menor ofendida, porque no pudo precisar la fecha de los hechos (folio 276). Pero en la sentencia no se toma en cuenta que esta persona es un testigo de referencia, que intervino como denunciante en representación de la víctima, por lo que sólo pudo relatar lo que esta última le había manifestado al respecto, incluso con la mediación de la señora Sandra Potoy Álvarez (que es la concubina de Xx). De ahí que lo importante era determinar si la menor, valorando su edad y las demás circunstancias que rodearon los hechos, estaba en condiciones de establecer por lo menos el período aproximado en que éstos ocurrieron, lo que, en principio, no se ve afectado por la circunstancia de que, después de que los delitos acusados habrían tenido lugar, dicha menor haya sido confiada a un hogar sustituto (por cuenta del Patronato Nacional de la Infancia), de donde finalmente la recogió su padre. Ello es así porque desde un principio se afirmó que los hechos se habrían cometido cuando la menor aún vivía con su madre, en una casa ubicada en Bella Vista de Puntarenas. En cuanto a este mismo aspecto, o sea el tiempo de la comisión de los presuntos hechos acusados, la *a quo* también incurre en un quebranto a las reglas de la sana crítica cuando pretende establecer una relación entre lo que desencadenó que la menor contara lo sucedido y las posibles secuelas de los hechos que se dicen cometidos en su contra. Una cosa es que la madrastra de la niña haya conversado con ella a raíz de que ésta presentaba flujos vaginales que no eran normales y otra cosa muy distinta es que esos flujos tuvieran relación con los hechos denunciados, lo que obviamente no es así, pero fue confundido en el fallo, lo que llevó a la Jueza a señalar dos aspectos que carecen de sentido lógico, a saber: A) que si la menor presentaba esos flujos cuando ya estaba viviendo con su madrastra, entonces surgían mayores dudas en cuanto a la fecha de la comisión de los hechos denunciados. Ello evidentemente obedece a un error de valoración de la prueba, pues como ya se dijo, una cosa no tiene vinculación directa con la otra. B) que en el dictamen médico-legal correspondiente a la ofendida se indica que ésta no mostraba secreción vaginal, de manera que el padre de la menor entró en contradicciones. Esta conclusión también es ilógica, pues es perfectamente posible que cuando la menor fue valorada por el médico legal ya no presentara los flujos a que se refirió su madrastra, los cuales, de haber existido, no necesariamente tendrían relación con los hechos denunciados. Es importante señalar que, a folio 277, la Jueza *a quo* da a entender que no le cree al padre de la ofendida porque a pesar de saber que la niña pasaba mucho tiempo sola, como también que a veces iba a la escuela y a veces no, tardó mucho tiempo en "*pelear su custodia*" (sic). Sin embargo, con independencia de si ello ameritaba algún reproche en contra del progenitor de la ofendida (labor que no tenía por qué hacerse en el proceso bajo análisis), lo cierto es que no se trata de una circunstancia que, por sí misma, pudiera restarle credibilidad al testimonio de Xx, pues él intervino a favor de su hija cuando lo estimó adecuado y acudió a las autoridades para denunciar los hechos con prontitud, sin que pueda darse a entender, como se hace en la sentencia, que si la víctima sufrió algún vejamen la culpa es de su padre o, peor aún, que no es importante determinar si ella realmente fue víctima de abusos sexuales porque a fin de cuentas ni su padre (ni su madre) actuaron en forma responsable. Por lo demás, en cuanto a la valoración del testimonio de la ofendida, la juzgadora insiste en señalar que la menor incurrió en contradicciones sobre aspectos relevantes; pero en realidad los puntos que cita no revisten ese carácter, sino que más bien tienen una naturaleza secundaria o periférica, como resulta ser lo atinente a si fue el imputado Solís Herrera quien le quitó la

ropa o fue ella quien se la quitó a solicitud de aquél; cuántas veces sucedieron los hechos en relación con dicho imputado; cuándo fue que la menor le contó a su padre y a su madrastra los hechos; si Solís Herrera había trabajado o no vendiendo pipas con el padre de la ofendida y si la menor habría podido conocer o no a ese acusado cuando ella estaba en el kinder (folios 278 y 279). Incluso se cuestiona que la menor ofendida le haya dicho a la profesional en Psicología que consideraba al justiciable Solís Herrera como su "novio" y que haya declarado en el debate que ella estuvo enamorada un tiempo de esta persona, pero que novia de él no fue, sin que queden claras las conclusiones que se extraen de esos aspectos. Pero lo más grave de todo es que, como la menor dijo que a raíz de esta situación no había tenido problemas en la escuela, la juzgadora señala, partiendo simplemente de ese hecho: "...que podríamos estar ante una memoria implantada, pues se le ha hecho creer que algo es parte de su realidad cuando no lo fue." (Folios 279 y 280). El fallo no explica, de modo alguno, cuáles son las pruebas que justifican esas afirmaciones, esto es, de dónde deriva dicha conclusión (cuya gravedad no parece haber sido comprendida suficientemente). Estos vicios afectan, por igual, lo resuelto en cuanto a ambos acusados. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público y anular en su totalidad la sentencia de mérito, ordenándose el reenvío para que, con otra integración del Juzgado Penal Juvenil, se proceda de nuevo a sustanciar la causa."

## **5. La preclusión no puede alegarse cuando se está frente a actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país o en la ley**

[Sala Constitucional]v

Voto de mayoría

**“ II.- Objeto de la acción.** Se impugna el artículo 15 del Código Procesal **Penal**, el cual textualmente señala: *Artículo 15.—Saneamiento de defectos formales. El tribunal o el fiscal que constate un defecto saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será superior a cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente.* (Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 8503 del 28 de abril de 2006)

A juicio del accionante esta norma infringe los principios de legalidad, inviolabilidad de la defensa, imparcialidad del juez, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, culpabilidad, intimación e igualdad. Esto, porque según afirma, la norma posibilita que una parte procesal subsane defectos sin que se confiera audiencia a la parte contraria, sin que se establezca qué tipo de defectos son los que pueden ser subsanados ni en qué casos o condiciones, permitiendo que el proceso se retrotraiga a etapas precluidas. Además, porque faculta al juez o fiscal para prevenir la subsanación de defectos, e incluso, permite la subsanación oficiosa, aún tratándose de querellas públicas y privadas.

**III.- Sobre el fondo.** Como aspecto previo, debe señalarse que la Sala, a través de la resolución de una acción de inconstitucionalidad, no puede incursionar en el ámbito propio de las decisiones jurisdiccionales, dado que los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, excluyen el control de constitucionalidad sobre los actos y resoluciones jurisdiccionales. De manera que los alegatos realizados en relación con lo resuelto por el Juez, no serán valorados por este Tribunal. Realizada esa precisión y analizada la norma cuestionada, se estima que no se produce infracción alguna al Derecho de la Constitución. Antes bien, el precepto constituye una clara expresión del principio constitucional de acceso a la justicia, previsto en el artículo 41 de la Constitución Política, según el cual: *“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.”*

A través del saneamiento de los vicios en el procedimiento, lo que se procura es que no se causen atrasos innecesarios que hagan nugatorio el derecho a una justicia pronta y cumplida, derecho que corresponde a todas las partes dentro del proceso, sin distingos de ningún tipo, a saber: víctima, imputado, actor civil, demandado civil. Según el principio pro sententia, que forma parte del debido proceso, las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla. Conforme señaló este Tribunal: *“[...] es obligación del órgano jurisdiccional subsanar todos los defectos que se susciten en el transcurso del procedimiento, todo con el objeto de proteger los derechos del acusado y de velar por la legitimidad del proceso, como instrumento de ejercicio de la misma justicia. Se persigue con dicha actuación, no sólo una adecuada administración de justicia, sino principalmente la protección a la seguridad jurídica del encartado. Esta obligación del órgano jurisdiccional de sanear el procedimiento es determinada en los poderes que la ley le confiere para impulsar el procedimiento de oficio y tiene como fundamento evitar al enjuiciado una dilación excesiva del proceso y un retardo injustificado en la tramitación de la causa, la cual se produciría si no se corrigen los defectos del proceso conforme se vayan suscitando.”*

Es así, como el tema del saneamiento no sólo está previsto en el artículo 15 impugnado, sino además en el artículo 179 del Código Procesal Penal que establece:

*“Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado. 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 expresamente previstos por este Código.”*

En síntesis, sobre lo alegado por el accionante se estima lo siguiente: 1) No se vulnera el principio de defensa. En primer lugar, la norma no establece que no se deba notificar a las demás partes acerca de la prevención de corrección de defectos. En segundo lugar, una vez que la gestión, recurso o instancia se corrija, obviamente debe ponerse en conocimiento de las partes para que ejerzan los recursos o gestiones que estimen pertinentes. 2) No se produce afectación alguna al principio de imparcialidad del juzgador, dado que precisamente la labor del juez es la de controlar la legalidad del proceso y velar por el respeto a los derechos y garantías fundamentales de las partes en el proceso. La imparcialidad tiene que ver con el hecho de que el juez debe mantenerse ajeno a los intereses contrapuestos de las partes en el proceso, pero en modo alguno puede

interpretarse, que esto implique que no deba velar por el cumplimiento de la ley y las formalidades, que en el proceso penal cumplen una función de garantía de los derechos de las partes. El artículo 6 del Código Procesal Penal establece que los jueces deben resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento, preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. 3) La norma no establece nada en relación con la preclusión de las diferentes etapas del proceso, aspecto que de todas formas no colisiona con ningún derecho o principio constitucional. Lo que prevé es que se otorgue un plazo al interesado para que corrija el defecto. La preclusión tiene que ver con la posibilidad que tienen las partes de realizar determinados actos en ciertos momentos de desarrollo del proceso, lo cual corresponde establecerlo al legislador al diseñar el proceso. En todo caso, como regla general, la preclusión no puede alegarse cuando se está frente a actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país o en la ley (artículo 178 del Código Procesal Penal). 4) El hecho de que no se indique qué tipo de defectos son los que pueden sanearse, tampoco infringe ningún derecho fundamental, porque el juez deberá realizar la valoración en cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza del vicio –si es esencial o no- y considerando el agravio sufrido por la parte. En todo caso, la parte siempre tiene la posibilidad de recurrir la sentencia o resolución que finalmente se dicte. 5) La norma no hace diferenciación alguna en cuanto al tipo de proceso en que debe darse el saneamiento, por lo que, no es relevante que se trate de una querrela pública o privada. Conforme se señaló, el derecho de acceso a la justicia es un derecho que corresponde a todas las partes en el proceso.

**IV.- Conclusión.** Con base en las consideraciones expuestas, estimando que no se vulnera ninguna norma o principio constitucional, se rechaza por el fondo la acción”.

## **6. Principio de preclusión en materia penal: Reclamo extemporáneo del desistimiento tácito**

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

**“V.- ACERCA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CO-OFENDIDO GVM.** Aunado a todo lo expuesto, también se advierten varios defectos relativos a la acción civil resarcitoria que desde el 13 de febrero de 2001 interpuso el ofendido GVM por delegación que hiciera en el Ministerio Público (cfr. folios 253 y 430 del tomo I), quien -conforme se indicó- falleció el pasado 02 de setiembre de 2007 (cfr. folios 642 y 653 tomo II). Del estudio integral del expediente se constata que a la altura procesal en la que se encuentra la causa en este momento, y después de casi 8 años de iniciada, no se ha resuelto ni definido en qué situación jurídica debe quedar esa demanda, pues el fallo de mérito es completamente omiso al respecto. Debido a lo anterior, es necesario analizar este extremo y emitir un pronunciamiento conclusivo con el cual se le dé certeza a las partes en cuanto a dicha cuestión. Tal y como se indicó, este ofendido también le otorgó un poder especial judicial a la licenciada Criseld Morales Kirton para que lo representara y ejerciera la dirección de su

acción civil (cfr. folios 575 y 576 tomo I). No obstante lo anterior, dicha profesional en Derecho no compareció a las dos audiencias del debate programadas para los días 31 de octubre de 2007 y 24 de marzo de 2008, a pesar de que fue notificada de esos dos señalamientos en el número de fax señalado a dichos efectos (cfr. actas de folios 638 y 672 del tomo II), sin que a la fecha hubiera justificado dicha incomparecencia ni se hubiera apersonado al proceso a plantear gestión alguna tendiente a impulsar y proseguir con el ejercicio de dicha acción civil. Por las razones que de seguido se expondrán, y a pesar de que la parte demandada civil, única interesada en cuanto a este punto, en ningún momento ha planteado una solicitud en tal sentido, conforme a lo que dispone el artículo 117 inciso c) del Código Procesal Civil en este caso debe considerarse desistida tácitamente esta acción civil resarcitoria: *"ARTICULO 117.- Desistimiento. El actor civil podrá desistir expresamente de su demanda, en cualquier estado del procedimiento. La acción se considerará tácitamente desistida, cuando el actor civil no concrete sus pretensiones oportunamente o cuando sin justa causa no concurra: ... c) A la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones. En los casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la audiencia; en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella"*. Nótese que para la declaratoria del desistimiento, esta norma no exige solicitud por la parte interesada, sino por el contrario establece las hipótesis en las cuales el juzgador deberá considerar (se entiende que oficiosamente) que el mismo operó. Del estudio de las constancias escritas de este proceso se comprueba que el presupuesto del inciso c) de la norma citada se presentó en la especie, pues en dos oportunidades la apoderada del actor civil no compareció a debate (sin que demostrara una justa causa para ello), siendo que tal situación no ha variado a la fecha, donde el abandono del proceso por su parte se mantiene igual. Con relación a este tema, la jurisprudencia de la Sala Tercera (la cual comparten estos jueces de casación) ha admitido que a pesar de que en algún estadio procesal se hubiera dado una causal de desistimiento de la acción civil, si en ese momento éste no fue decretado oficiosamente, no fue solicitado por la parte interesada, y además se dieron actuaciones procesales posteriores del actor civil, mediante las cuales retomó el ejercicio de sus pretensiones sin oposición del demandado, habría operado la **preclusión**. Si bien estos juzgadores comparten esta tesis, debe hacerse notar que en la especie la misma no resultaría aplicable, ello debido a que no se habría dado el último elemento. Debe insistirse en que, luego de sus dos incomparecencias injustificadas a debate, la apoderada especial judicial del actor civil GVM no ha cumplido con ninguna gestión ulterior, de modo que el desinterés en el resultado de la causa se mantiene a la fecha: *"... observa la Sala que los juzgadores, en el debate, acogieron la solicitud de la defensa de que se declararan desistidas la acción civil y la querrela, en virtud de la incomparecencia del accionante a la audiencia preliminar realizada más de tres años antes. Ahora bien, el desistimiento, cuando no es expreso, sino tácito, constituye una sanción procesal a la parte que incumplió con obligaciones estipuladas en la ley, que hacen presumir su falta de interés en continuar con el planteamiento de sus pretensiones. El desistimiento es declarable de oficio, una vez comprobada la concurrencia de sus presupuestos, pero en caso de que el juez no lo decreta, debe solicitarlo oportunamente la parte interesada (en este caso, los imputados y demandados civiles). El artículo 177 del Código Procesal Penal dispone que, salvedad hecha de los defectos absolutos, los vicios se convalidarán cuando el Ministerio Público o las partes no hayan solicitado su saneamiento oportuno. En la especie, ninguno de los acusados y demandados civiles gestionó ante el juez que ordenó la apertura a juicio que adicionara la*

*resolución para que se tuviera por desistida la acción civil o la querrela. Al contrario, el proceso continuó con absoluta regularidad y con la intervención plena de todos los interesados, al extremo de que se celebró un primer debate, se dictó una sentencia y se interpusieron recursos de casación (los que fueron acogidos, anulando el fallo) sin que el tema de un posible desistimiento se planteara. No es sino en el segundo debate realizado, cuando los defensores hacen notar la supuesta incomparecencia del actor civil y querellante a la audiencia preliminar y pidieron se declarara el desistimiento. Desde esta perspectiva, estima la Sala que la posibilidad de hacer una petición semejante había precluido mucho tiempo atrás, desde que se llevó a cabo la audiencia preliminar, momento en el cual los accionados se enteraron a cabalidad de que su contraparte no concurrió a dicho acto, en el supuesto de que así hubiese ocurrido y a pesar de ello, no formularon la solicitud correspondiente ni pidieron que se adicionara el auto de apertura a juicio con el propósito de que se declarara el desistimiento que tres años después pretendieron. Por otra parte, aunque el querellante y actor civil no presentó de forma oral e inmediata un recurso de revocatoria contra la decisión del a quo de tener por desistida sus acciones en el debate (como debió hacerlo, conforme lo dispone el artículo 427 del Código Procesal Penal), lo cierto es que sí aportó un escrito alegando la actividad procesal defectuosa en la resolución del extremo que se comenta y dicha protesta (visible a partir del folio 768) no fue resuelta por los juzgadores, no obstante que el debate continuó por varios días más. En estas condiciones, concluye la Sala que efectivamente incurrió en yerro el tribunal cuando aceptó una petición que debieron hacer los encartados y demandados civiles más de tres años antes y se impone, por ende, acoger este extremo de la impugnación. Se anula parcialmente el fallo en cuanto tuvo por desistidas tácitamente la querrela y la acción civil ejercidas en este asunto por Luis Fernando Fallas Pereira y dispuso su condenatoria en costas ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto Nº 227-2007 de las 10:15 horas del 14 de marzo de 2007. Es obvio que, según se indicó atrás, los presupuestos de este fallo no se cumplen en el caso que nos ocupa, donde, luego de sus incomparecencias injustificadas a las dos audiencias de juicio, la apoderada especial judicial del actor civil no ha realizado ninguna gestión posterior tendiente a reasumir y continuar con el ejercicio de las pretensiones civiles, de donde su abandono del proceso se mantiene."*

## **7. Principio de preclusión en materia penal: Consideraciones relativas a la actividad procesal defectuosa y saneamiento**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

"II. [...] La oposición del señor defensor en cuanto a la capacidad de actuar del representante de la acción civil y la querrela en este proceso, no es de recibo. Tómese en cuenta que lo alegado es que el poder especial judicial otorgado al Licenciado Wady Flores Acuña por parte de la ofendida, visible a folio 8, carece de los timbres suficientes establecidos por la ley, por lo según la defensa no tenía capacidad de actuar al presentar el recurso. Aduce que el abogado de la actora civil fue prevenido sobre la falta de pago de los timbres y no cumplió con la prevención. No obstante lo alegado por el Licenciado Mata

Bustamante, debe decirse que el vicio que señala se convalidó y sus efectos fueron aceptados tácitamente por la defensa, además de que la prevención realizada por la Jueza de Juicio de Pérez Zeledón, a la que se refiere el señor defensor, quedó sin efecto al anularse el debate en que fue hecha, prevención que en todo caso se hizo sin término de cumplimiento alguno (cfr. Folios 122 y 156). Según consta a folio 8, el poder en cuestión se presentó en el momento de interponer la querrela, poder en el que se le daban facultades al Licenciado Wady Flores Acuña para que formulara también la acción civil. Luego de la presentación de dicho poder, se le dio traslado al imputado y demandado civil de la acción civil resarcitoria en fecha catorce de marzo de 2006 (folio 9 del legajo respectivo), se realizó la audiencia preliminar en fecha veintiséis de junio de 2006 (folios 72 a 75), sin que la defensa alegara vicio alguno en el poder que ostentaba el Licenciado Wady Flores. Según las actas de debate de folios 169 y 179, en el segundo debate iniciado el día 27 de setiembre de 2007, el defensor del imputado no se opuso a la participación del abogado de la actora civil y querellante, sino hasta la emisión de sus conclusiones, etapa procesal en que ya no era procedente oponerse a la participación de una de las partes, pues ya el debate en su fase de intimación y probatoria, había transcurrido. De manera que el defecto que pudiera tener el poder en mención, al no ser de carácter absoluto, produjo sus efectos y éstos fueron aceptados por la defensa durante toda la etapa preparatoria e intermedia, y luego en debate al permitir que el abogado de la ofendida participara durante toda su realización sin oponerse, por lo que tal y como establece el numeral 177 inciso b) del Código Procesal Penal, el vicio se convalidó. Es por ello que al presentarse el recurso de casación en esta sede, el apoderado de la actora civil y querellante tenía capacidad para actuar válidamente y no podía desatenderse su gestión. Al respecto, el Tribunal de Casación Sede Goicoechea, mediante resolución 2007-990 el cual compartimos, dijo lo siguiente: *“Lleva razón el impugnante al señalar que: a)- el poder especial judicial requiere pagar timbres y que su falta de pago implica una multa y el incumplimiento de todo ello acarrea la ineficacia del documento, pues así lo disponen los numerales 270 a 289 del Código Fiscal;b)- que el poder aportado el 27 de agosto de 2004 según folio 38 del principal carecía de esos timbres; c)- que el poder se presentó el 20 de julio de 2005 (folio 6 vuelto del legajo de querrela e idéntico al anterior) con los timbres pero sin el pago de la multa y d)- que en los referidos documentos no se expresa si se trata de poder general o especial y no se indica expresamente que el poderdante autorice al apoderado a concretar en su nombre pretensiones (ver 38 del principal y 6 del legajo de querrela). No obstante no es posible arribar a las conclusiones o consecuencias que, de esas premisas, extrae el recurrente y ello porque las normas no deben interpretarse en forma aislada sino sistemática. Eso significa que aquellas disposiciones legales de tipo fiscal deben enmarcarse en las normas especiales que son las del proceso penal. Todos los supuestos mencionados por el impugnante son aspectos meramente formales y atinentes a la demanda civil resarcitoria por lo que no tendrían el mérito de ser conceptualizados, en esta etapa del proceso que es en la única en que han sido alegados, como defectos absolutos ya que éstos son definidos expresamente por el artículo 178 del Código Procesal sin que, en la especie, lo que se alega concierna a la intervención, asistencia o representación del imputado; al nombramiento, capacidad o constitución de los tribunales o a la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento o impliquen inobservancia a los derechos constitucionales o internacionales vigentes. De modo que, en sentido contrario, son vicios relativos que pueden ser convalidados tácitamente si las partes no solicitan el saneamiento como lo exige el principio de lealtad procesal (artículo 127 del Código Procesal Penal) y el*

*artículo 15 del Código Procesal Penal o cuando, quienes tengan derecho a impugnar los actos los hayan aceptado expresa o tácitamente (artículo 177 incisos a y b del Código Procesal Penal). Revisadas todas las actuaciones procesales que se dieron con posterioridad a la aportación de dichos poderes, no se observa que el ahora recurrente o cualquier otro interesado/a halla efectuado ningún alegato al respecto ni al dársele curso a la demanda civil (folio 4 del legajo de demanda civil), ni al citarse a la audiencia preliminar (folios 80 y 88-89), ni en dicha audiencia (folios 94- 95), ni en el debate oral y público (folios 207 a 212). Por ello, el vicio queda tácitamente subsanado, operando el principio de preclusión (artículo 179 párrafo segundo del Código Procesal Penal) que impide conocer, en la etapa de casación, de dicho alegato (sobre el tema cfr.: Sala Tercera, voto N° 2003-984 de las 10:20 hrs. del 31 de octubre de 2003)”. Por lo anterior, se adiciona la resolución número 2008-0025 dictada por ésta Cámara en el sentido de que el recurrente, Licenciado Wady Flores Acuña tenía facultades para actuar al interponer el recurso de casación contra la sentencia número 369-2007 de las siete horas treinta minutos del doce de octubre de dos mil siete del Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón.”*

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios, elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos, según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (N° 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

<sup>i</sup> Sentencia: 01098 Expediente: 05-006355-0042-PE Fecha: 30/05/2013 Hora: 08:15:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

<sup>ii</sup> Sentencia: 00658 Expediente: 10-001091-0331-PE Fecha: 28/08/2012 Hora: 09:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón.

<sup>iii</sup> Sentencia: 00197 Expediente: 11-001676-0414-PE Fecha: 30/05/2012 Hora: 03:30:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz.

<sup>iv</sup> Sentencia: 01061 Expediente: 05-800076-0431-PJ Fecha: 17/10/2008 Hora: 03:05:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

<sup>v</sup> Sentencia: 11622 Expediente: 08-009191-0007-CO Fecha: 25/07/2008 Hora: 10:15:00 a.m. Emitido por: Sala Constitucional.

<sup>vi</sup> Sentencia: 00263 Expediente: 01-200443-0332-PE Fecha: 12/06/2008 Hora: 01:00:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

<sup>vii</sup> Sentencia: 00093 Expediente: 05-000913-0219-PE Fecha: 31/03/2008 Hora: 07:05:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de Cartago.