



Jurisprudencia sobre prueba espuria en materia penal

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Clave: Prueba espuria, Persecución penal, Debido Proceso, Cadena de custodia.	
Sentencias: Sala III: 1944-2012, 1617-2012, 1399-2012, 849-2012. Trib. Apelación Penal, II Circuito Jud. SJ: 349-2014, 1744-2013, 1042-2012. Trib. Apelación Penal de San Ramón: 710-2012.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 30/07/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la prueba espuria en materia penal, se cita jurisprudencia sobre: ilegalidad de perseguir a una persona investigada anteriormente, las faltas al debido proceso, las declaraciones juradas, prueba ilícita por derivación, la prueba y naturaleza de la cadena de custodia, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Ilegalidad de perseguir a una persona por haber sido investigada anteriormente	2
2. Declaración de ineficacia por faltas al debido proceso	3
3. Contenido de las declaraciones juradas no la constituye	15
4. Absolutoria por sustentarte la pieza acusatoria en prueba ilícita por derivación	16
5. Supresión hipotética de la prueba y naturaleza de la cadena de custodia	18
6. Ilegalidad de la probanza por ausencia de requisitos de acta notarial	21
7. Presupuestos de admisibilidad de manifestaciones extraprocesales del imputado al proceso penal	24
8. Improcedente admitir consultor técnico como testigo o perito	28

JURISPRUDENCIA

1. Ilegalidad de perseguir a una persona por haber sido investigada anteriormente

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]

Voto salvado:

“III.- Voto salvado del juez Salinas Durán. A criterio del suscrito, **el recurso no puede prosperar.** Esto porque, establecidos los reclamos del representante fiscal, la posición de la defensa particular, y bajo la observancia de los autos y la sentencia de mérito (en disco versátil digital (DVD), archivos c0001130619193404.vgz y c0001130619200000.vgz, 13/06/19, 19:34:20 a 20:22:11), se determina que tal y como lo señala el recurrente, la justificación principal para la sentencia absolutoria, según refiere el Tribunal de Juicio (secuencia a partir de las 19:58:05) es la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, esto porque la prueba testimonial acreditó que no hubo ninguna justificación para el seguimiento realizado por las autoridades policiales al acusado, a quien, los testigos S y E, investigadores del Organismo de Investigación Judicial, decidieron perseguir, solo porque era una persona que anteriormente habían investigado por otros delitos. A partir de esa persecución ilegítima es que los oficiales logran determinar, entonces, que el endilgado G lleva un arma de fuego consigo, misma que aquel lanzó al suelo mientras era perseguido, y de ahí que, una vez detenido, se establece que no tiene permiso para la portación de armas. Consecuencia de lo anterior, la propuesta del acusador es que, aun reconociendo la ilegitimidad de la persecución, el hallazgo del arma fue legítimo en tanto que fue por una decisión propia del acusado, independiente del accionar de los investigadores, quien decidió lanzarla por la ventana. A partir de allí, todos los actos son lícitos porque procedía detener al acusado e indagar la procedencia del arma y si tenía permiso para portarla. En el debate quedó claro, y ello, no hay una errónea valoración de la prueba, como argumenta el quejoso, que cuando el acusado pasó conduciendo su vehículo delante de los investigadores judiciales, no hacía otra cosa que conducir ese automotor, por lo que, entonces, el seguirlo no fue más que la decisión de los investigadores, quienes, según declararon tienen órdenes de seguir a cualquier persona sospechosa o que se haya visto involucrada en algún delito. Desde esta perspectiva, lleva razón la Juzgadora cuando sostiene que no hubo ninguna razón plausible para perseguir al acusado, pues la persecución se basó únicamente en la intuición de los agentes, sin que hubiera noticia alguna de que en ese momento se involucrara a G en algún delito o existiera algún motivo para que debiera ser investigado, ni siquiera para identificarlo, porque sabían de quien se trataba. Quedó claro también que es a raíz de esa persecución que el imputado lanzó el arma de fuego que llevaba por la ventana y, si bien, puede entenderse que fue una decisión propia del acusado, como lo alega el recurrente, no puede ignorarse que fue motivada por la persecución de que fue objeto. Sobra decir, que si no lo hubiesen perseguido no habría tratado de deshacerse del arma y ese es el tema que interesa, pues es obvio que si la policía ve a alguna persona lanzar un arma, lo mínimo de esperar, es que la detenga e indague tanto sobre el arma, como sobre la persona que la portaba. Es decir, no se discute que una vez, que la policía observó el arma procediera a

detener a quien la portaba, sino que la acción previa que dio origen a esa circunstancia fue ilegítima, cual es el planteamiento de la sentencia. Mismo que, dicho de una vez, comparte el suscrito juez, pues ciertamente la persecución del acusado se basó en una mera sospecha de la policía, sin otro fundamento que la percepción personal que, del acusado G, tenían los dos investigadores judiciales. Doctrinalmente, la teoría del fruto del árbol envenenado, citada por el Tribunal de Juicio, a lo que hace referencia es que todo elemento probatorio que derive de prueba ilegal resulta por ende inutilizable en el debate, ya que esa prueba vendrá viciada desde sus orígenes, que es el caso que nos ocupa, pues al no haber ninguna justificación para perseguir al imputado, el que éste haya lanzado el arma desde la ventana de su vehículo, es consecuencia, no de otra cosa, que de la propia persecución policial, viciada por carecer de fundamento, como lo estimó la Juzgadora. Adicional a lo anterior, si se complementa esa proposición, con la teoría de la fuente independiente, que establece que la prueba que resulta ilícita por derivación, deja de serlo en caso de que se determine que se pudo llegar a la misma por una fuente diversa (independiente) a la que le dio origen, llegamos al mismo resultado, pues como antes se dijo, de no haber sido por la persecución de la policía, con probabilidad, el imputado G no hubiese lanzado el arma desde su carro, pasando totalmente desapercibido, para la policía o para cualquiera, que llevara un arma de fuego. Es decir, sin que resulte relevante si se trató de un seguimiento o de una persecución de la policía al acusado G, lo que es cierto es que esa actividad desplegada por esas autoridades no tenía ninguna justificación, porque se basó en una mera presunción subjetiva. Establecido lo anterior, no se considera que la sentencia presente los vicios alegados, de valoración errónea de la prueba y de falta de fundamentación jurídica, pues era obligación del Tribunal observar que los actos y la prueba propuesta cumpliera con las formas y condiciones previstas por la Constitución y las leyes. Corolario de lo expuesto, para el suscrito, la Juzgadora sí apreció la prueba y arribó a conclusiones válidas, por lo que el recurso del Ministerio Público no puede prosperar.”

2. Declaración de ineficacia por faltas al debido proceso

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“IV.- Por tener absoluta conexidad, al estar referidos a la ilegitimidad de la prueba, el único motivo del recurso presentado por el licenciado Leonel Villalobos Salazar, y el segundo reclamo de la impugnación presentada por el licenciado Gerardo Cantillo Lewis, se conocen conjuntamente. **Se acogen ambos reclamos.** Esta Cámara de Apelación considera que llevan razón los recurrentes en sus reclamos. Para abordar el tema, conviene, en primer lugar, reseñar brevemente cuáles fueron los hechos que se juzgaron en el presente asunto, que consisten en que el día 06 de marzo de 2013, en horas de la tarde, en la localidad de Búfalo de Limón, los aquí coimputados poseían y transportaban 892,87 gramos de picadura de marihuana, en el vehículo matrícula [...]. Ese mismo día, oficiales de policía que se encontraban realizando control de carretera, le dieron voz de alto al vehículo citado, se les solicitó autorización para revisar el automóvil y se efectuó la

revisión así como la requisita a los coencartados. Producto de lo anterior, se localizó dentro del vehículo, debajo de un asiento trasero, la droga anteriormente dicha, distribuida en dos bolsas plásticas con cierre hermético. Este Tribunal de Apelación apreció el respaldo de la sentencia oral, siendo que la fundamentación que interesa se expone a partir del contador horario 21:34: 48 hasta el 21:40:47 del archivo audiovisual c0001130523212350.vgz. Dentro de dicho espacio, el Juez de Juicio informante, al rechazar la protesta por actividad procesal defectuosa planteada por la defensa, argumentó que la misma no tenía lugar porque se trataba de un dispositivo preventivo de seguridad que la Policía realizó conforme a la normativa que lo autoriza y conforme a lo dicho por la Sala Constitucional en el voto número 14821-2010. Además, refirió que la Policía podía actuar siempre que existiera un motivo para hacerlo, como en casos de trasiego de especies, conductores temerarios y asuntos migratorios y que, en este caso, uno de los imputados consintió la revisión y por ello el acto fue voluntario y la diligencia se realizó conforme a lo establecido en los artículos 189 y 190 del Código Procesal Penal y 37 de la Constitución Política. Observa esta Cámara de Apelación que las anteriores justificaciones, fueron las que le permitieron al Tribunal no declarar espuria la prueba que sustentaba la acusación, y por el contrario, sobre esas probanzas, dictar una sentencia condenatoria. Es criterio de este Tribunal de Apelación, que la anterior decisión del órgano *a quo* fue incorrecta, pues lo procedente era acoger la protesta planteada por la defensa, declarar la ineficacia de las pruebas y, ante la falta de prueba legítima que respaldara la pieza acusatoria, absolver de toda pena y responsabilidad a los coimputados. Lo anterior es así, porque durante la actuación policial, no se cumplió con el procedimiento establecido en los artículos 189 y 190 del Código Procesal Penal, que disponen el mismo procedimiento para la requisita y el registro de vehículo, en el sentido de que se debía advertir al imputado sobre la sospecha fundada que se tenía sobre él y el objeto que se pretendía encontrar durante el registro, todo ante un testigo que no tenga vinculación con la policía y confeccionar un acta donde se hicieran constar tales aspectos. Este procedimiento se incumplió porque no existe tal acta, nunca estuvo presente ese testigo ajeno a la policía, o sea, que no fuera un oficial de policía, y nunca se les informó a los imputados en qué consistía esa sospecha fundada que se tenía sobre ellos, no se les indicó de qué eran sospechosos y tampoco se les informó que era droga lo que se pretendía encontrar dentro del vehículo. Desde luego que si se trataba de un operativo de control de carretera, como se admite y reconoce en la relación de hechos probados, no se tenía ni sospecha fundada sobre los coimputados, ni se buscaba droga en el vehículo ocupado por ellos, y por eso la Policía, por su arbitraria e injustificada actuación, no tenía la posibilidad de cumplir con ese procedimiento, pues no tenía nada que advertir o informar a los encartados porque no sabía de qué eran sospechosos, ni mucho menos sabía cuál era el objeto que tenía que buscar durante el registro. Este procedimiento, el legislador lo dejó establecido en las normas citadas, como una garantía de que los actos preprocesales de la requisita personal y el registro de vehículo, se llevarían a cabo como se espera en un Estado de Derecho, y solo en casos donde se tiene una sospecha fundada sobre el delito que específicamente se investiga y el objeto que también específicamente se busca. Este procedimiento no se dispuso en función de los retenes policiales ni controles de carreteras pues, en ese contexto, no existe autorización legal para requisar personas ni registrar vehículos, ya que no se sabe qué se investiga ni qué se busca y la actuación policial es abusiva. En el presente caso, en el acta de folio 1 titulada "*Acta de Manifestación*", se hizo constar que la Policía se encontraba en un retén policial y por eso se procedió a detener el

vehículo en el que viajaban los imputados a quienes se les pidió apagar el motor del vehículo, es decir, indirectamente en el documento se admite y reconoce, que no se tenía ningún indicio sobre los imputados o el vehículo que justificara haberlos detenido en su marcha, mucho menos que autorizara requisarlos y registrar el vehículo. Esta circunstancia ameritaba, ante la protesta de la defensa, declarar la ineficacia de dicha acta y el resto de las probanzas, por constituir prueba ilegítima. Son los Jueces y Juezas de la República quienes, a través de sus resoluciones jurisdiccionales, deben garantizar, salvaguardar y preservar el Estado de Derecho que nos rige, labor con la que el Tribunal *a quo*, en este caso, incumplió. Los abusos policiales no tienen cabida en ningún tipo de régimen y mucho menos en uno democrático. La Policía no puede revisar vehículos al azar o a su antojo, so pretexto de una simple sospecha, pues ello es violatorio de derechos fundamentales como la libertad personal, la intimidad y la libertad de tránsito. Por eso, detener y registrar vehículos y requisar personas en vía pública, sea en retenes policiales o fuera de ellos, con base en una sospecha infundada, son actuaciones que originan la violación de derechos fundamentales, y hasta podrían generar responsabilidades de tipo subjetiva para los funcionarios policiales o judiciales que actúen basados en la simple sospecha, y de tipo objetiva para el Estado, con la consecuente indemnización para el derechohabiente o titular de ese derecho fundamental violentado. Esta responsabilidad subjetiva y objetiva se ve acrecentada considerando que se está irrespetando la jurisprudencia constitucional, la cual es de acatamiento obligatorio según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y siendo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución número 2010-14821 se pronunció sobre la ilegalidad y la inconstitucionalidad de este tipo de actuaciones policiales, por ser de efectos *erga omnes*, la Policía debe acatar el criterio que en esa resolución se expresa y abstenerse de ejecutar este tipo de actuaciones. Esta Cámara de Apelación considera que es probable que la ignorancia de algunos oficiales de policía que actúan así, se deba a una mala instrucción por parte de asesores legales institucionales, jefes policiales y de los mismos representantes del Ministerio Público en su dirección funcional, pues no resulta explicable el desconocimiento al procedimiento establecido en los numerales 189 y 190 del Código Procesal Penal y la desobediencia al voto constitucional citado. Si se pone en una balanza la prevención y la seguridad versus los derechos fundamentales, definitivamente tienen un peso mayor estos últimos, pues no podrían sacrificarse los derechos a la libertad personal, la intimidad y la libertad de tránsito con el pretexto de lograr mayor prevención y seguridad, pues ello generaría abusos policiales en perjuicio de las personas. Dicho de otro modo, las personas, no tienen por qué sufrir que los oficiales de policía las detengan para requisarlas, registrarles sus vehículos o pedirles que muestren lo que porten o tengan en sus vehículos, si no hay indicio para ello. Si los oficiales de policía únicamente tienen información de que una persona es sospechosa, por prevención y seguridad, si el caso lo amerita, podrían pedirle algún documento para identificarla y hasta vigilarla, pero de ninguna manera proceder a requisarla y registrarla, o pedirle que muestre lo que porta o mantiene en su vehículo, ya que eso trasciende la prevención y la seguridad, y se requiere de mayor fundamento para requisar o registrar, pues ello implica una intromisión estatal que violenta la libertad personal, la intimidad y la libertad de tránsito, para lo cual se requiere de indicio comprobado, motivo suficiente o sospecha fundada acerca de la comisión de un delito y del objeto que específicamente se busca. Lo anterior es así porque el artículo 1 de la Constitución Política, consagra el Estado de Derecho desde donde se edifica el ordenamiento jurídico costarricense. El numeral 23,

también constitucional dispone que el domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. El artículo 28 también de la Carta Magna, establece que nadie puede ser inquietado ni perseguido por acto alguno que no infrinja la ley. En este sentido dicha norma refiere 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. Con lo anterior, se relaciona el numeral 37 también de la Constitución Política, en el sentido de que nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito. Ante este marco constitucional, la detención de los imputados y el registro en el vehículo, constituyeron actos ilegales ineficaces de conformidad con los artículos 175 y 178 incisos a) del Código Procesal Penal y conforme con la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado, ante la ilicitud del registro del vehículo y la detención del encartado, es ilícito todo lo posteriormente derivado de esos actos. En el presente caso, se tiene que tal y como el acta de folio 1 lo expresa, sin que se tuviera algún indicio de que los imputados hubiesen cometido un delito y sin saber qué era lo que debía buscarse dentro del vehículo, en un retén la Policía detuvo el vehículo en el que viajaban los imputados y les ordenó apagar el motor. La ausencia del indicio o sospecha fundada o motivo suficiente, fue lo que generó la improcedencia de la intervención policial. En efecto, lo que se tenía es que los endilgados andaban en un vehículo en la vía pública. Como puede observarse, esta acción no constituye una ilicitud en sí misma, y por ello no se justificaba haberlos detenido, requisado, ni haber registrado el vehículo. En el presente caso, la actuación policial es, a todas luces, una **prueba espuria**, porque por las razones expuestas, no se originó en un indicio válido, independientemente del resultado que hubiese tenido la diligencia. En el Estado de Derecho, no se puede inquietar a las personas invadiendo su ámbito de intimidad, su libertad personal y su libertad de tránsito, si no se tiene el indicio dicho acerca de la posible comisión de un delito. La circunstancia de que los imputados se encontraban dentro de un vehículo que circulaba en vía pública, no era un antecedente que generara un indicio de la comisión de un delito porque no era una acción que fuera contraria a la moral, al orden público ni estaba perjudicando a un tercero. Es decir, por estar la conducta que desarrollaban los imputados, fuera de la acción de la ley, porque de hecho, no la infringía, los encartados no podían ser inquietados ni perseguidos con la invasión a su ámbito de intimidad, su libertad personal y de tránsito y esa es la razón por la que no debió haberse detenido a los endilgados ni haberles registrado el vehículo o pedido que mostrara lo que tenían. Ante este panorama, la actuación policial es abiertamente ilegítima porque se realizó en contraposición a la normativa constitucional. Ahora bien, considerando que durante el registro del vehículo, se localizó droga, es menester de esta Cámara de Apelación, aclarar que eso en nada cambia que la actuación policial constituyera un defecto conforme lo prevén los artículos 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal pues, tomando en cuenta la normativa constitucional mencionada inicialmente, en un Estado de Derecho el fin no justifica los medios. Dicho de otro modo, sería inconstitucional estar requisando personas y registrando vehículos indiscriminadamente sin que exista un indicio comprobado, para verificar o descartar que posean drogas, pues el hecho de que ello se verifique y se decomisen sustancias prohibidas, no convalidaría ni sanearía la actuación policial. No puede justificarse que una arbitraria intromisión estatal a través de la Policía, quede convalidada o saneada solo porque sus efectos fueron socialmente plausibles, pues ello es contrario al Estado de Derecho que nos rige y sería poner la prevención por encima de los derechos fundamentales de las personas. En total apego al principio democrático, como se indicó

anteriormente, el fin no puede justificar los medios si estos son contrarios a Derecho, pues aun cuando se obtenga un resultado positivo en la diligencia, la actuación policial resulta ser, por su origen, una prueba ineficaz, pues se carecía de circunstancias actuales que significaran un indicio válido que sirviera de fundamento. Necesaria y obligatoriamente, lo que debe ponderarse es si al momento en que la actuación policial debe realizarse -y no después-, se cuenta con ese indicio actual, motivo suficiente o sospecha fundada. Esta Cámara de Apelación, considera inválido el razonamiento del Tribunal *a quo*, en el sentido de que, existió voluntariedad por parte de los imputados, pues ello tampoco convalida o sana la arbitraria e injustificada actuación policial, es decir, aunque la Policía invite a las personas a mostrar lo que portan o mantienen en sus vehículos, y estas se accedan, se trata de un requerimiento policial donde los sujetos no tienen ninguna otra opción más que cumplir con lo que se les pide, o sea es un registro que se practica a través de los sujetos requeridos, porque de por sí el registro es inminente. Esto queda claro del texto de los artículos 189 y 190 del Código Procesal Penal, cuando establecen la invitación previa al registro para que la persona muestre lo que porta, pero siempre como parte de la realidad del registro que se está practicando, de tal manera que el hecho de que una persona, muestre y entregue voluntariamente lo que porta, no elimina la realidad de que se está llevando a cabo el registro. En este caso uno de los imputados consintió que el vehículo fuera registrado, ante una invitación o requerimiento que es parte del registro ilegítimo realizado por la Policía, por ello esa cuestionada voluntariedad de uno de los sujetos requeridos, no podría venir a sanear ni a convalidar la actuación policial. Al respecto, es necesario recordar que el principio básico que garantiza la Carta Magna, como regla, es la libertad personal. Cualquier restricción a ella, sea a la libertad de tránsito o a cualquier otro derecho fundamental como la intimidad, requiere que se dé, al menos, **un indicio comprobado de comisión de un hecho delictivo** (o, lo que es lo mismo, "sospecha fundada" ó "motivo suficiente"). Así lo establecen, por ejemplo, el numeral 39 de la Constitución Política para la detención; los artículos 24 de la Carta Magna y 1 y 9 de la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, para posibilitar que un juez ordene la intervención telefónica o el registro de documentos privados; el 23 constitucional y el 193 del Código Procesal Penal para autorizar a que un juez ordene un allanamiento; el artículo 239 del Código Procesal Penal para decretar la prisión preventiva o los numerales 185, 189 y 190 del Código Procesal Penal para posibilitar que un juez, fiscal o policía efectúen un registro de personas o de vehículos. Es cierto que para construir ese "indicio comprobado" hay libertad probatoria (artículo 182 del Código Procesal Penal) pero esa misma norma señala que los medios de prueba han de ser legítimos. ¿Qué es un indicio comprobado de la comisión de un hecho delictivo como base para iniciar una investigación? Obviamente no se puede partir de prueba directa y unidireccional, pues sería como exigir que haya concluido una investigación lo que es absurdo, pero sí es posible, por exclusión, determinar qué no lo es o qué características deben tener los medios o elementos de prueba para constituirse como tales. Indica la jurisprudencia y la doctrina de derecho comparado:

¬ " *La palabra indicio utilizada (...) supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa **prueba** inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido). Los indicios racionales de criminalidad (...) son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar (...) **sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una***

sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación (...). Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, si aquellos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión -es causa de la misma-, y no después (...). **No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad.**" Tribunal Supremo español, auto 610/1990 del 18 de junio de 1992 (el destacado es suplido). "La relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero **las sospechas** que, como las creencias, no son sino meramente anímicas, **precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos**, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar **una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.** Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto (...) quedaría materialmente vacío de contenido". Tribunal Constitucional español, sentencia 49/1999 de 05 de abril de 1999 (el destacado es suplido). "...la importancia del derecho a la intimidad que no puede ser vulnerado simplemente sobre la base de simples conjeturas o sospechas de conductas delictivas, sin base objetiva alguna, o basándose en una denuncia anónima. Si no fuera así, bastaría con que alguien que quiere molestar a su enemigo, o incluso la propia policía, provocaren con una denuncia anónima, sin otro apoyo legal que el mero rumor (...) para que automáticamente (...) cualquier ciudadano pudiera ser intervenido..." MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Hamurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2004, págs. 46-47. " Como presupuesto mínimo, constitucionalmente establecido, nos encontramos con el requisito sine qua non de que la medida (...) no puede o no debe ser arbitraria, y como suya propia debe fundarse en indicios constatables en la causa. Es el juez el que tiene los indicios y el que sopesa la necesidad, la oportunidad y la proporcionalidad de la medida. No habrán de ser (...) sospechas policiales las que legitimen la medida. Además los indicios (...) debe constatarlos el juez, a la vista de los elementos existentes en la causa, no bastando indicios o sospechas policiales. La inexistencia de indicios en que fundamentar el auto acordando la medida, que por lo tanto resulta caprichoso o arbitrario, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que los jueces y tribunales deben otorgar" LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la entrada y registro*". En: AAVV. *Temas básicos del derecho: una visión actual*, volumen II. Consejo General del Poder Judicial, España, 1993.

Del mismo modo, la Sala Constitucional costarricense ha indicado que la denuncia anónima no puede constituirse en un elemento para afectar derechos fundamentales: "...el concepto de denuncia anónima (...) no puede subsistir bajo la Constitución Política; no existe en el Código (...) ni en norma de rango alguno. La denuncia anónima, a lo sumo, podría poner en alerta a las autoridades (...) que deberán comprobar este simple indicio **desplegando otros actos de averiguación que de alguna forma corroboren la denuncia**" Sala Constitucional, voto número 226-94 (se suplen las negritas).

Si la policía recibe una llamada anónima, no es un acto de investigación adecuado o proporcional el detener el vehículo para registrarlo ya que en éste también se custodia un derecho fundamental a la intimidad que requiere indicio comprobado o sospecha fundada de la comisión de un delito que no puede provenir de la misma denuncia anónima. Lo que, en tales casos procede, es que las autoridades vigilen o sigan el automotor y, a partir de estos actos, puedan corroborar si la persona porta objetos sospechosos, si hace movimientos sospechosos, investigue a las personas con las que se reúne, etc. Proceder a detener un vehículo para investigarlo a partir de una simple llamada anónima o confidencial vulnera el derecho a la libertad de tránsito (desde que no hay elementos para hacer la detención) y a la intimidad. Sobre el primero de esos derechos, nuevamente la Sala Constitucional, en el voto sobre los retenes policiales, fue enfática en rechazar esa práctica indicando:

*En el caso que se analiza, el recurrente alega que se violó su libertad de tránsito, el debido proceso y el respeto a la dignidad humana, en virtud de que fue interceptado sin justificación alguna (...) sin que existiera noticia criminis ni indicio comprobado de la comisión de un delito, por oficiales del Ministerio de Seguridad Pública que realizaban un “retén policial” (...) El reclamo del recurrente radica en que él no se encontraba siendo investigado por la comisión de delito alguno y además la policía no estaba investigando ninguna acción delictiva que hubiere ocurrido, sino que se trataba, según le señalaron los oficiales, de un operativo de rutina, donde se pretendía encontrar evidencias u objetos tales como armas o drogas; el Ministro en su informe, quien indicó que se trataba de retenes policiales de rutina (...) El optar por un régimen democrático de derecho y no por un régimen autoritario, conforme lo hizo el Constituyente en el artículo 1 de la Constitución Política, impone a las autoridades públicas límites infranqueables en el ejercicio de sus potestades y deberes. Estos límites están definidos por el contenido esencial de los derechos, libertades y garantías fundamentales de las personas, previstos tanto en la Constitución Política, como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha establecido que los Estados tienen un poder limitado en su actuar en lo que se refiere a garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio, por encontrarse condicionado por el deber de respeto a los derechos fundamentales de toda persona. Así, en la sentencia del 21 de setiembre del 2006, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, se señaló: “87. (...) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida.” Asimismo indicó: “[...] Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, **sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria.**” Sentencia del 21 de setiembre del 2006, Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Asimismo, en la sentencia del 21 de julio de 1989, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte establece que “...no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos.” **La libertad de tránsito y el derecho a la***

intimidad sólo pueden limitarse o restringirse, en aquellos casos permitidos por ley y únicamente cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional para alcanzar o tutelar bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social. En el caso concreto, los oficiales realizaban un “retén policial” donde **coaccionaron al recurrente para inspeccionar el interior de su vehículo, sin que existiera una noticia criminis o un indicio comprobado de que se hubiere cometido un delito** (...) El hecho de ser detenido en horas de la noche por oficiales armados, que le señalaban que no podía irse del lugar sin que hubieren procedido a revisar el interior de su vehículo, constituye una vulneración inaceptable a los derechos de un ciudadano. Si bien es cierto, de conformidad con la ley, la policía puede realizar controles para identificación de las personas, averiguación de la condición migratoria, control fiscal, trasiego de especies vegetales o animales, entre otros, conforme lo ha señalado esta Sala (sentencia 2002-10309 de las doce horas nueve minutos del veinticinco de octubre del dos mil dos) no es posible que (...) **se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista noticia criminis o indicios comprobados de la comisión de un delito.** Para proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, **se requiere necesariamente del consentimiento libre y expreso del conductor**, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna. El artículo 190 del Código Procesal Penal es claro al señalar que el juez, el fiscal o la policía podrán registrar un vehículo, **siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito** (el resaltado no es del original). Así, en la sentencia 2001-5415 de las quince horas once minutos del veinte de junio del dos mil uno, se señaló: “Si bien es cierto **la Sala en algunos de sus antecedentes (como en las sentencias Nos. 3013-94 y 0627-93) se ha pronunciado, en el sentido de que no resulta procedente que los fiscales y la policía registren los vehículos sin la orden de un juez;** de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se revierte tal criterio de conformidad con las siguientes consideraciones. La inviolabilidad del domicilio a la que hace referencia el accionante, desde el punto de vista constitucional, es algo más que la protección del espacio físico, se trata más bien de una tutela de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla o puede desarrollar la vida privada de la persona, de ahí que existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio u otro recinto privado y la que impone la defensa y garantía del derecho a la intimidad. No puede considerarse domicilio –desde el punto de vista constitucional– a todo espacio en el que pueda desarrollarse la vida privada de la persona, ya que el concepto hace referencia sobre todo al espacio utilizable como residencia, lo que excluye recintos en los que esto no es posible por sus propias características. Ahora bien, **hay espacios que efectivamente quedan amparados por la protección de la intimidad sin constituirse en domicilio, como es el caso del interior de los vehículos automotores, automóviles o “pick up”, que ya esta Sala ha admitido se constituye en un recinto privado, precisamente porque la noción de intimidad no puede desligarse de aquella referente al ámbito social en el cual vive y actúa el sujeto de derecho, sin embargo, no puede entenderse que el derecho a la intimidad de la vida privada sea ilimitado, pues no es un derecho absoluto, y como tal, existen ciertos casos en los cuales, por razones de interés público va a resultar constreñido. No se pretende con ello indicar, que se pueda registrar cualquier vehículo y bajo cualquier consideración, pues la misma norma establece los presupuestos necesarios e indispensables bajo los cuales resulta su procedencia: “...siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito...”** ,

por otro lado debe realizarse bajo el mismo procedimiento que se sigue en el caso de la requisita personal contemplada en el artículo 189, que dice en lo que interesa: "...Antes de proceder a la requisita, deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo. La advertencia e inspección se realizará en presencia de un testigo, que no deberá tener vinculación con la policía. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas..."; y tampoco lo puede practicar cualquiera, pues será el juez, el fiscal o la policía, lo cual ya había sido aceptado por esta Sala en sentencia No. 0522-98..." La policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles como el que motivó este recurso. La vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero **debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad (...)** El hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justificación alguna, como ocurrió en el caso bajo estudio, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución Política. Ello no implica en modo alguno desconocer las competencias otorgadas al Poder Ejecutivo, en el artículo 140 incisos 6 y 16 de la Constitución Política, para mantener el orden, seguridad, tranquilidad y paz social en el territorio nacional. Por el contrario, cuando las normas, el orden público o los valores básicos de la convivencia social son vulnerados, es obligación del Estado activar los protocolos de seguridad establecidos para restablecer el orden, la paz social y la armonía, con las limitaciones que imponen el respeto a la dignidad humana y a los demás principios, derechos y garantías fundamentales (...)

IV.-Los "retenes policiales" en la jurisprudencia extranjera.- Esta Sala ha mantenido una línea jurisprudencial estable, que resulta compatible con la de otros Tribunales de Derechos Humanos del mundo, en la que particulares reclaman derechos convencionales o constitucionales cuando se han visto perturbados en su vida privada al tener que someterse a la autoridad policial, –sin razón aparente– cuando éstos realizan "retenes policiales". En tales casos, los Jueces han tenido que valorar las actuaciones de las autoridades y la protección de los derechos individuales, decidiendo sobre la procedencia o improcedencia de la medida policial. De tal modo, **se pueden identificar diferentes grados de intensidad en cuanto a la intervención en la vida privada**, la cual en algunos casos es más permisible que en otros. En una reciente sentencia, del 12 de enero de 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos, Sección Cuarta, en el caso de Gillan and Quinton v. El Reino Unido, analizó la Sección 44 de la Ley contra el Terrorismo 2000, que aún en este caso –de leyes contra el terrorismo– en las que se les da amplias competencias a la policía, han sido sometidas al control de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a los excesos en que incurrieron, en las que otorgaron los poderes policiales de inspección y requisita de individuos en las vías públicas, a uniformados para detener vehículos en un área o, en un lugar previamente señalado en la autorización concedida para el registro e inspección (...) la Corte Europea conoció el caso de la detención de dos particulares (uno de ellos periodista), en las inmediaciones de una feria armamentista contra la cual había una protesta, los mismos fueron detenidos bajo los poderes otorgados por la mencionada Sección 44, y bajo la autorización dada, se produjo el registro e inspección de un maletín y bolso, así como el decomiso de material informativo sobre dicha protesta. En tal sentido, los demandantes reclamaron la violación de varios artículos de la Convención Europea, lo cual permitió a la Corte discutir sobre la aplicabilidad del artículo 5 sección 1 o, el artículo 2 del Protocolo No. 4 (no ratificado por el Reino Unido). La Corte estableció que: Con el fin de determinar si

alguien ha sido “privado de su libertad” de conformidad con el artículo 5, el punto de partida debe ser su situación concreta y tomar en consideración un rango amplio de criterios tales como el tipo, la duración, efectos y manera en que se implementa la medida en cuestión. **La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad, es, simplemente una cuestión de grado o intensidad, y no una cuestión de naturaleza o sustancia (de fondo).** Aunque el proceso de calificación entre ambas categorías, muchas veces resulta no ser una labor fácil, en la que los casos límite son un tema de pura opinión, la Corte no puede eludir haciendo la elección sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 5 (véase *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, §§92-93, Series A no. 39; *Ashingdane v. the United Kingdom*, [...]) 57. La Corte observa que aunque la extensión del tiempo durante el cual cada petente fue detenido y requisado, en ninguno de los casos excedió de 30 minutos, período en el que los demandantes fueron totalmente privados de cualquier libertad de movimiento. Ellos fueron obligados a permanecer donde estaban y fueron sometidos a la inspección, y si ellos se rehusaban serían arrestados, trasladados a la estación policial y se les imputarían cargos delictivos. Este elemento de coerción es indicativo de una privación de libertad dentro del significado del artículo 5.1 (la negrilla no es del original) (véase, por ejemplo, *Foka v. Turquía*, [...]). En ese caso, no obstante, la Corte no está llamada a determinar la cuestión a la luz de las evidencias que se analizan abajo, en relación con el artículo 8 de la Convención “65. Cada uno de los petentes fue retenido por un oficial de policía, y obligado a someterse a la requisita bajo la sección 44 de la Ley 2000. Por la razón expuesta arriba, **la Corte considera que estas requisas constituyen intromisiones contra el derecho que exige respeto a la vida privada tutelado bajo el artículo 8. Tal intervención está justificada bajo las condiciones del párrafo 2 del artículo 8,** (la negrilla no es del original) solo si es “en concordancia con la ley”, que persigue uno o más fines legítimos referidos en el párrafo 2 y son “necesarias en una sociedad democrática” con el fin de alcanzar ese fin u objetivos (véase, por ejemplo, *Liberty and Others v. the United Kingdom*, No. 48243/00 [...]).” El fallo pertenece a la Sección Cuarta de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero de conformidad con la información que consta en la página web de la Corte, el fallo ya se encuentra firme (información obtenida a la siguiente dirección: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gillan&sessionid=59057618&skin=hudoc-pr-en>). En tal sentido, no puede este Tribunal Constitucional desligar su atención de este caso, para ilustrar el tratamiento como también la incompatibilidad de ciertos retenes policiales, lo cual de igual manera llega a alcanzar la detención de vehículos. Se trata de una decisión de un Tribunal cuya autoridad radica en la interpretación de uno de los sistemas de protección de derechos humanos más importante del mundo. En este sentido, su jurisprudencia precisa el tema que nos ocupa, y se ha tenido la oportunidad de analizar legislación que reta los más fundamentales derechos de los particulares, y que en tal sentido, tales órganos jurisdiccionales están llamados a detener los excesos, como también conceder razón cuando ella exista, bajo las circunstancias concretas en que se ejecutan los “retenes policiales”. Otro ejemplo de un Tribunal extranjero, pero cuya producción jurisprudencial ha influenciado el constitucionalismo del mundo, por ser el primero de esta naturaleza, es la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuyo sistema de control de constitucionalidad es difuso. Es la cúspide del sistema judicial federal, por lo cual resuelve en última instancia las controversias legales y constitucionales de interés federal, incluido lo resuelto por los Tribunales y Altas Cortes de los diferentes Estados de la Unión Americana. Desde esa posición privilegiada merece considerarse, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que mantiene en vigencia los precedentes que admiten

“retenes policiales” relacionados con controles migratorios de migrantes ilegales (*Estados Unidos v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976)), controles para detectar la conducción ilícita de vehículos bajo los efectos del licor (*Michigan Dep. of State Police v. Sitz*, 396 U.S. 444 (1990)), y ha sugerido aquellos con el fin de controlar las licencias de conducción y documentación de los vehículos como parte de la seguridad de las carreteras (*Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648, 663 (1973)). Pero tampoco la Corte Suprema ha considerado constitucional la práctica policial de realizar retenes con el propósito principal de detección de hechos delictivos en general. En este sentido, en el caso *Indianapolis vs. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000), la Corte concluyó en su sentencia que: “Nosotros nunca hemos aprobado un programa de puestos de control, cuyo propósito principal sea el de detectar evidencias contra las fechorías criminales ordinarias. Por el contrario, nuestros casos relacionados con los puestos de control solo han reconocido limitadas excepciones a la regla general, en la que una detención **debe estar acompañada de algún grado de sospecha individualizada**. Nosotros sugerimos en el caso *Prouse* que no acreditaríamos el “interés general de control sobre la delincuencia”, como justificación para un régimen de retenciones sin sospecha. 440 U.S., a 659, n. 18. En concordancia con esta sugerencia, cada uno de los programas de puestos de control que hemos aprobado, habían sido autorizados principalmente para servir a un propósito estrechamente relacionado con problemas policiales de frontera o, en la necesidad de asegurar la seguridad en carretera. **Dado que el propósito primario del programa de puestos de control de narcotráfico de Indiana, es descubrir pruebas de fechorías criminales ordinarias, contraviene la Cuarta Enmienda. [...] Sin marcar el límite a los puestos de control diseñados principalmente para cumplir un interés general de control del crimen, la Cuarta Enmienda haría muy poco para prevenir que las invasiones se convirtieran en una parte rutinaria de la vida americana.**” (la negrilla no es del original) [...] “El propósito principal de los puestos de control de Indianápolis es al fin y al cabo lograr “el interés general en el control del crimen,” *Prouse*, 440 U.S., a 659, n. 18. Nosotros **rehusamos suspender el requerimiento usual de sospecha individualizada, donde la policía busca utilizar un puesto de retención, para realizar la iniciativa común en la investigación de crímenes. No podemos ratificar los retenes, justificados solo por la generalidad, y siempre presente posibilidad de que el interrogatorio e inspección puedan revelar que alguno de tantos motorizados haya cometido algún delito.** Por supuesto que hay circunstancias que pueden justificar un puesto policial, donde el propósito principal sería, alguna emergencia relacionada con un delito común. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones señaló, que la Cuarta Enmienda podría permitir el levantamiento de una retención policial ajustada a la medida, para frustrar un ataque terrorista inminente o, para capturar a un criminal peligroso que se espera escape por una ruta particular. Véase 183 F. 3d, a 662-663. Las exigencias creadas por estos escenarios están muy lejos de las circunstancias en las que las autoridades simplemente detienen vehículos, como una cuestión cotidiana para detectar si de casualidad algún delincuente está huyendo de la jurisdicción. Mientras que nosotros no limitemos a un conjunto de categorías prefijado los objetivos que justifiquen un programa de puestos de control, nos rehusamos a aprobar un programa cuyo propósito principal es al final y al cabo el control del crimen como interés general.” La importancia de las decisiones citadas, radica precisamente en que la orientación de la Sala Constitucional no es aislada, y más bien coincide con otros importantes órganos judiciales de defensa de derechos humanos (...) Y aunque en nuestro país la Sala ha admitido los supuestos regulados por la Ley, como se indicó supra, no es posible realizar estos retenes de forma indiscriminada, no se puede coaccionar u obligar a las personas para que permitan el acceso

al interior de su vehículo, sin que exista una noticia criminis o indicios comprobados de la comisión de un delito. La salvedad a lo anterior sería el libre y expreso consentimiento del conductor, lo cual excluye obviamente cualquier tipo de coacción o amenaza para quebrantarle la voluntad a la persona. Para fines policiales el artículo 190 del Código Procesal Penal permite el registro de vehículos, siempre que hayan motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito, pero como es obvio, siguiendo lo dicho por esta Sala, el retén no puede ser un instrumento policial de uso indiscriminado. Aunque el propio artículo 37 de la Constitución Política autoriza la detención de la persona que no se encuentre libre de responsabilidad, o mediante orden de juez o autoridad competente, o incluso sin ella cuando se trate de un sentenciado o delincuente infraganti, estima esta Sala que se podría admitir a la luz de lo anterior, la instalación de retenes policiales inmediatamente después de ocurrido un hecho delictivo, para localizar los presuntos responsables, claro está sujeto a un marco temporal razonable y de investigación según las características de cada caso. Aunque no se trata de los mismos supuestos, se aclara que lo mismo sucede para situaciones preventivas de seguridad de las personas, por peligros inminentes que se puedan presentar, y sobre el cual este pronunciamiento no tiene la intención de alcanzar” Sala Constitucional, voto número 2010-14821.

Como se desprende de lo anterior, se requiere un indicio comprobado o una *noticia criminis* que en el presente caso no se tuvo. De lo contrario sería avalar que los cuerpos policiales simplemente inventen que tienen una denuncia contra alguien para proceder a afectar sus derechos constitucionales incluídas la libertad de tránsito y la intimidad ya sea con registros, allanamientos o intervenciones telefónicas, es decir, si se acepta eso, se propiciaría un abuso en las facultades policiales. No se trata, tampoco, de exigirle a la policía o al ente fiscal que acrediten el delito de forma previa a la intervención, pues -como se dijo- ello sería un absurdo y eliminaría la necesidad de esa medida probatoria. De lo que se trata es de que el indicio sea objetivo, constatable y surja de una fuente diferente de la información confidencial. Ante este panorama, fue incorrecto que el Tribunal *a quo*, rechazara la protesta de la defensa y no considerara **pruebas espurias** todas las que se obtuvieron posterior a la actuación policial, como lo son el acta de folio 1, acta de traslado de vehículo de folio 2, acta de consentimiento para revisar vehículo de folio 3, acta de inspección registro y secuestro número 7825 de folio 4, actas de requisa y secuestro número 8290, 8298, 8299 y 8300 de folios 5 a 8 respectivamente, informe policial IP-0006-DRL-2013 de folios 43 a 47, secuencia fotográfica de diligencias policiales realizadas visible en folios 49 a 55, solicitud de apertura de evidencia visible en folios 56 a 59, resolución de las 22:55 horas del 14 de marzo de 2013 del Ministerio Público de folios 62 a 63, acta de apertura de evidencia de folios 70 a 72, dictamen criminalístico DCF 1257-QUI-QDR-2013 de folios 79 a 80 y DVD que contiene el informe policial citado, manifestaciones de los oficiales de policía e identificaciones de los coimputados. Con fundamento en la normativa citada, se declara la nulidad de todas las anteriores probanzas. La declaratoria de ineficacia de todas las pruebas derivadas de la actuación policial, es la consecuencia procesal conforme a la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado. Considera esta Cámara de Apelación que el ofrecimiento de **prueba espuria** que se hizo con una acusación fiscal, violentó el deber de objetividad con el que debe actuar el Ministerio Público según lo exige el artículo 63 del Código Procesal Penal. Por otra parte, los Jueces que realizaron el juzgamiento, también violentaron el principio de

objetividad consagrado en el artículo 6 del Código Procesal Penal porque, en franca violación a lo preceptuado por el numeral 181 del mismo Código, otorgaron valor probatorio a las pruebas y sobre ellas sustentaron la sentencia condenatoria que ahora se revoca. La prueba testimonial de cargo recibida en el juicio, no modifica la decisión de esta Cámara de Apelación, porque se trata de testimonios de oficiales de policía que se refirieron a la actuación policial documentada en las probanzas que se declararon ineficaces. En igual sentido pueden observarse las resoluciones número 2013-1590 de las 09:55 horas del 19 de julio de 2013, número 2013-1060 de las 09:20 horas del 24 de mayo de 2013 y número 2013-1639 de las 10:05 horas del 26 de julio de 2013, todas dictadas por este Tribunal de Apelación. En consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia y, en su lugar, se absuelve de toda pena y responsabilidad a E. y a J. por los delitos de transporte de droga que, en perjuicio de la salud pública, se les ha venido atribuyendo. Se ordena el cese de cualquier medida cautelar decretada en su perjuicio, en particular se ordena la inmediata libertad si otra causa no lo impide. Se resuelve sin especial condena en costas y se ordena la destrucción de la droga. En todo lo demás, el fallo permanece incólume.”

3. Contenido de las declaraciones juradas no la constituye

[Sala Tercera de la Corte]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“**XIII.-** [...] Las declaraciones juradas, por su sola esencia, no resultan prueba espuria, como lo pretende el recurrente. Lo anterior se da en razón de que, como cualquier otro elemento probatorio, pueden ser analizadas por el Tribunal de sentencia, quien determinará si les otorga algún valor. En la presente causa, las declaraciones juradas fueron consideradas como meros indicios relativos a las acciones cometidas por los imputados, señalando incluso el fallo, que los testigos, al declarar en debate, no recordaron gran parte de los detalles del hecho, en razón del tiempo transcurrido. [...] No considera esta Sala que, con la valoración de estas declaraciones juradas, bajo el principio de libertad probatoria y en aplicación de las reglas de la sana crítica, el Tribunal suplantara, contra las reglas de la oralidad, el contenido de las declaraciones testimoniales evacuadas durante el debate (que constan a folios 2053, 2055 y 2057), pues bien se estipula, en el considerando V.) del fallo, a partir de folio 2114, que el dicho la señoras S y S no resultan de mayor utilidad al proceso y que las declaraciones de las señoras B y P, resultan claras, concisas y veraces, siendo estas manifestaciones las que resultan importantes para los efectos probatorios del debate. El tener como meros indicios los contenidos de las declaraciones juradas ya vistas, no contraviene las reglas de la oralidad ni del debido proceso.”

4. Absolutoria por sustentarte la pieza acusatoria en prueba ilícita por derivación

[Sala Tercera de la Corte]^{iv}

Voto de mayoría

“I. [...] No es cierto que el Tribunal dejara de lado la prueba de cargo, a la hora de sustentar el fallo. Por el contrario, los Jueces, explicaron cómo el Informe: 118-DEF-068-02/03, de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del Organismo de Investigación Judicial visible a folios 910 a 934, que fuera medular en la imputación realizada en la pieza acusatoria, se sustentó en prueba obtenida de forma ilegal. Propiamente, se consignó: “...*la base que tuvo el Organismo de Investigación Judicial, para confeccionar el informe son las actas del Comité Cantonal de marzo a diciembre del año 2000 y del año 2001, así como los talonarios de chequeras del Banco Nacional de Costa Rica a nombre del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Tibás, documentación que fue entregada por el Comité a la Fiscalía, así como los documentos que el Presidente L decomisó de la vivienda del imputado sin orden jurisdiccional alguna, y según lo manifestó el imputado N lo entregó bajo amenaza porque una patrulla estaba afuera. De esta manera la documentación que sirve de base para realizar el informe del OIJ, que a su vez es el sustento de la pieza acusatoria, carece de requisitos de legalidad, porque según relato del señor L en el debate, él mismo realizó una pre-selección de la documentación secuestrada al imputado M.B. era de utilidad, por lo que se desconoce cuáles fueron los criterios de valor que utilizó en la selección de lo importante de lo que no es, así como el destino final de lo que no interesaba para la investigación según su parecer...*” El resaltado no es del original (Ver folio 1421 vuelto y 1422 frente). Es decir, la obtención de los documentos que fueron aportados para el análisis financiero-contable, adolece de una serie de irregularidades que impide afirmar la legalidad de la prueba, en atención a la letra del numeral 181 del Código Procesal Penal, que al respecto señala: “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.-

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” (El subrayado no es del original). En atención a tales directrices, es preciso señalar que, los Jueces, no cometen ninguna infracción en deslegitimar toda aquella probanza que provenga directamente de una prueba ilícita, tal y como acontece en el presente asunto, donde se aplica la “teoría del fruto del árbol envenenado”, puesto que en el debate no hubo discusión respecto a la forma en que fueron obtenidos algunos documentos, cuando se invadió el ámbito de privacidad del justiciable, así como la manipulación y selección arbitraria por parte de L (quien fuera el presidente del Comité y, precisamente, encargado de firmar los cheques de forma conjunta con el encartado), sin ningún tipo de control policial, fiscal o jurisdiccional. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que: “...*En atención a la teoría de los frutos del árbol envenenado, todo elemento probatorio que derive de prueba ilegal resulta por ende inutilizable en el debate, ya que la misma vendrá viciada desde sus orígenes. Complementa*

esta posición la teoría de la fuente independiente, teoría de origen estadounidense, al igual que la anterior, la cual establece que la prueba que resulta ilícita por derivación, deja de serlo en caso de que se determine que se pudo llegar a la misma por una fuente diversa a la original existente en el caso concreto. Además, no debe dejarse de lado la normativa procesal penal que se ha implementado al respecto, contando con la necesidad de que las probanzas valoradas en sentencia deban ir acorde a derecho, según el artículo 175 del actual Código Procesal Penal, y recopiladas con la debida atención al principio de legalidad, conforme con el numeral 181 del mismo cuerpo normativo, cuya desatención resulta en un vicio de la sentencia, como lo establece el artículo 369 idem...” (Sala Tercera. Voto: 2007-00595, de las 16:02 horas, del 31 de mayo de 2007).- No es cierto que, los Jueces, realizaran un análisis de la prueba seleccionando únicamente aquella que permitiera absolver al justiciable. Por el contrario, luego de realizar un análisis integral del elenco probatorio, el *a quo* explicó las razones por las cuales estimó que el principio constitucional de inocencia que ampara al encartado, no se logró superar por la falta de contundencia de la prueba existente en su contra. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que: “...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).- Más grave aún, resultó que, el Ministerio Público, decidiera destruir la totalidad de la prueba documental sobre la cual se cimentó la prueba pericial y en lo conducente la testimonial, impidiendo a las partes y a los Jueces contrastar los resultados y manifestaciones propios de dichos elementos de prueba con la prueba referida. En este sentido, expresó el *a quo*: “...el informe 118-DEF-068-02/03 recomendó realizar un análisis grafoscópico de las firmas de los endosos y solicitar a los proveedores las explicaciones correspondientes, situación que la fiscal que llevó la investigación dejó (sic) de lado, ausencia fundamental para determinar cuál fue la dinámica de los hechos, pero más aún, cuando la misma representante del Ministerio Público **ordenó la destrucción de la evidencia, obviando que existía una pieza acusatoria, a la cual dicha prueba debía darle respaldo...**” (Ver folio 1422 frente). De ninguna forma, se puede establecer que el fallo contiene un análisis parcializado de la prueba, tal y como lo manifiesta el recurrente, contrario a ello, esta Cámara considera que la decisión absolutoria arribada, obedece a la imposibilidad de los Jueces de tener por acreditado el cuadro fáctico objeto de imputación, en razón de una deficiente investigación por parte del Ministerio Público, que le permitiera al Tribunal contar con los suficientes elementos de convicción para acreditar la culpabilidad del encartado, quien se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario, tarea que en un sistema procesal como el nuestro depende exclusivamente de la labor del órgano acusador. Finalmente, no existe una falta de correlación entre acusación y sentencia, ya que dicha figura deriva del derecho de defensa que resguarda al procesado, cuya finalidad es que no se le atribuyan situaciones que no hayan sido contempladas al momento de la imputación. Esta Sala ha mantenido que el propósito de dicho principio no es evidenciar una discrepancia descriptiva sobre los elementos imputados, sino que se requiere una variación fáctica sobre los elementos esenciales de la acusación que impida ejercer una adecuada defensa, en razón del carácter

sorpresivo de aquellos. Al respecto, señala: “...persigue que no se introduzcan en el fallo y en perjuicio del justiciable elementos o datos esenciales que resulten sorprendidos, en tanto no fueron acusados y, por ende, no existió sobre ellos posibilidad real de refutación y defensa...” (Sala Tercera. Voto 2005-173, de las 10:15 horas, del 11 de marzo de 2005). Lo anterior, implica que en el caso concreto, no existe ningún tipo de agravio en que los Jueces no tuvieran por acreditado el cuadro fáctico que fuera acusado por parte del Ministerio Público, cuando producto del análisis fáctico, probatorio, intelectual y jurídico, se desprendió que no se podía imputar de forma certera el delito que le fuera atribuido oportunamente por el órgano acusador. En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación.”

5. Supresión hipotética de la prueba y naturaleza de la cadena de custodia

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^v

Voto de mayoría

“I. [...] Cuestiona el impugnante el análisis que en sentencia se hace de la prueba y las inferencias que de la misma se extraen. Sin embargo los cuestionamientos parten de una visión fragmentaria y parcial de la prueba, cuando el análisis de la prueba debe ser tanto en su individualidad como en su conjunto. De manera que vistos los alegatos que el quejoso hace sobre algunos puntos específicos y soslayando otros, podría estarse de acuerdo en que esos elementos probatorios no resultan suficientes. Sin embargo, vista la prueba en su totalidad sí es posible derivar de la misma la certeza necesaria para imponer una sanción. Por ello interesa analizar si efectivamente se extrae de la prueba la convicción exigida por la ley procesal o efectivamente llevan razón los argumentos del recurso. La cuestión probatoria puede dividirse, para facilitar su solución, en dos aspectos: el primero sería determinar si existe seguridad de que el vehículo que en el momento de su detención conducía el imputado fue el causante del accidente y el segundo si es posible derivar igual grado de convicción respecto a que en el momento del atropello dicho automotor era conducido por el enjuiciado. Respecto a lo primero debe afirmarse categóricamente que el vehículo manejado por el encartado cuando fue detenido es el mismo que atropelló al menor ofendido; no cabe duda alguna de ello. Cuestiona el quejoso que se utilice como indicio las manifestaciones de los testigos respecto a que el vehículo que lesionó al agraviado coincidía en sus características con el conducido por el acusado, estimando que tal inferencia no ofrece seguridad y exigiendo mayores requisitos para poder derivar la certeza. Efectivamente la prueba testimonial habla de que el atropello lo ocasiona un automotor que en sus características corresponde al guiado por el imputado cuando es detenido poco después en un retén. También es cierto que las señas aportadas por los testigos no permiten afirmar con certeza que se trate del mismo vehículo, pues es hecho notorio que se fabrican muchos de iguales condiciones. Sin embargo tal indicio no puede ser visto de manera aislada, como pretende el impugnante. A lo anterior debe agregarse que en el lugar de los hechos se encontraron fragmentos del vehículo, mismos que corresponden con certeza al vehículo conducido por el enjuiciado. El quejoso ataca de espuria tal prueba afirmando que el oficial de tránsito no se encuentra facultado para

recoger los indicios y llevarlos a la Fiscalía. El señor juez de juicio no admite tal tesis, que también fue expuesta en debate, respondiendo: "*Se reclama que la prueba pericial obtenida a partir los fragmentos del vehículo involucrado en el atropello, que quedaron sobre la calzada y que fueron recogidos de ese sitio por el oficial de tránsito ON para luego ser entregados a la Fiscalía de San Carlos, representan **prueba espuria** en tanto su recolección o extracción no fue realizada por autoridad competente (Organismo de Investigación Judicial), no se realizó entonces la obligada cadena de custodia para garantizar su fidelidad y por tanto, en aplicación de la Doctrina de los frutos del árbol envenenado debe anularse esa prueba y las que de ella deriven, tal es el caso de los dictámenes de análisis criminalísticos arriba relacionados. No comparte tal tesis este Juzgador. Es cierto que en el presente caso, debió corresponder al OIJ de conformidad con las funciones que le son conferidas por su Ley Orgánica, presentarse a la escena del atropello, extraer o recolectar la evidencia de los fragmentos del vehículo involucrado ubicados sobre la calzada, embalar debidamente la misma para su custodia y transporte hasta ser entregada al órgano fiscal. Sin embargo, la ausencia de tal procedimiento, para el caso que nos ocupa, no invalida la prueba ni sus resultados. La doctrina de los frutos del árbol envenenado no es un precepto doctrinal absoluto, por el contrario, la misma doctrina y jurisprudencia anglosajona y nacional aceptan la existencia de determinadas excepciones a la regla general que tienen la virtud de mantener en determinados supuestos la validez de la prueba cuestionada. Precisamente en ese sentido encontramos la Teoría de la supresión hipotética, que parte del concepto de que si se "suprime hipotéticamente" como un ejercicio meramente intelectual la irregularidad ocurrida, y en su lugar se supone la realización de la actuación correcta y esperada, arribándose de igual forma al conocimiento que se cuestiona, entonces, la prueba mantiene su validez. Precisamente en este caso, si aplicamos tal correctivo al principio general del árbol envenenado y sus frutos, es decir la nulidad de la prueba cuestionada y sus derivadas, tenemos que aplicando la supresión hipotética sobre la irregularidad, en este caso la no participación del OIJ en la recolección y manejo de los fragmentos encontrados en la escena, su debido embalaje y cadena de custodia hasta ser presentados a la Fiscalía y suponemos que si se realizó, resulta que el conocimiento finalmente obtenido a partir de las pruebas periciales (dictámenes de análisis criminalístico) son exactamente los mismos, es decir, ninguna variación podía ocurrir sobre sus resultados a partir de las deficiencias presentadas en la etapa de su recolección, por lo que aquella prueba y las que dependen de ella, mantienen toda su validez. En cuanto a la cadena de custodia, debe decirse que el tema más que de prueba espuria sería sobre prueba inidónea y en ambos casos, en principio, no susceptible de ser considerada para fundamentar una sentencia condenatoria. Sin embargo, debe decirse igualmente que no toda irregularidad produce ruptura de la cadena de custodia. En el caso que nos ocupa, la cadena de custodia sobre la evidencia de los fragmentos del vehículo que se encontraron sobre la calzada, inicia a partir del momento en que dicha evidencia es presentada a la Fiscalía de San Carlos y continúa hasta el momento de su análisis por los técnicos del Poder Judicial correspondientes y encargados de rendir los dictámenes finales. Es decir, estamos frente a una cadena de custodia parcial que por su puesto no llena los requisitos de su existencia como procedimiento integral dirigido al fin de garantizar la fidelidad de la evidencia recogida con la que llega hasta los laboratorios o hasta el debate. Sin embargo, para tenerla por no existente e invalidada, con los efectos legales correspondientes, debe demostrarse, lo cual no se hizo en ningún momento durante la investigación o durante el contradictorio, que la anomalía en realidad provocó la pérdida o alteración de la fiabilidad de la prueba" (copia textual, folios 218 vto. a 219). A lo anterior*

poco se puede agregar, pues es un razonamiento correcto y bien fundamentado. No debe perderse de vista que la cadena de custodia es una herramienta o procedimiento que pretende garantizar que el objeto recogido en la escena del crimen y el que finalmente es analizado en el laboratorio forense son el mismo. Y en el presente caso no puede existir duda alguna de que ello es así. Si debe aclararse que no resulta exacta la afirmación de que un oficial de tránsito no se encuentra facultado para recoger evidencia y entregarla a la Fiscalía. Es cierto que la ley procesal señala que la Policía Judicial, como auxiliar del Ministerio Público, investigará los delitos de acción pública (art. 67 CPP), tal como lo es la presente causa por Lesiones Culposas. Pero en el presente asunto el oficial de tránsito se presenta a una escena en donde ya ha sido retirada la persona lesionada, no existe vehículo alguno detenido y únicamente encuentra los rastros del accidente, procediendo a resguardar los mismos para evitar su desaparición y trasladarlos inmediatamente al Ministerio Público. Tal actuación no resulta ilícita, como sostiene el impugnante, pues expresamente la ley procesal dispone que en tales situaciones la policía administrativa será considerada agente de la policía judicial (art. 284 CPP). Por otra parte, el oficial ON levanta un acta en donde informa que el 25 de febrero a las 15:30 recoge en el lugar del accidente fragmentos de vidrio que correspondían al vehículo que había atropellado al menor ofendido, indicando que los mismos coinciden con el vehículo que fue interceptado en Santa Rosa (cfr. folio 7). Acreditándose debidamente que el vehículo conducido por el encartado tenía efectivamente quebrado uno de los vidrios que cubren las luces delanteras (cfr. Acta Inspección folio 21 y fotografías de folio 28). Debiendo tomarse en cuenta que resulta prácticamente imposible que el oficial ON haya tomado unos vidrios que luego por casualidad o bien por alteración terminan por ser de la misma clase que los utilizados en el vehículo conducido por el encartado y, más aún, que según dictamen experto calzan en sus roturas uno con otro. La única conclusión posible e indubitable es que tales fragmentos corresponden al mencionado vehículo, en otras palabras existe absoluta seguridad de que lo recogido por el oficial de tránsito y lo que examinado en el laboratorio forense resultan ser partes del vehículo de marras, son lo mismo. Y ello es lo que pretende garantizar la cadena de custodia. Ahora bien, esa absoluta seguridad de que el vehículo que luego es detenido en un retén y conducido por el imputado, es el mismo que atropelló al menor ofendido, también constituye un indicio de que fue el imputado el que igualmente lo manejaba en el momento del accidente. Al respecto dice el señor juez: *"De la documental, en especial la relación de los contenidos en las boletas de citación, parte oficial de tránsito y oficio del oficial de tránsito DTSC-20-2008 de folio 7 se obtiene prueba indiciaria valiosa que relacionada con la prueba testimonial adquiere carácter de gravedad, precisión y concordancia para señalar al encartado O como la persona que conducía el vehículo mencionado al momento de ser atropellado el menor ofendido, pues se le detiene a partir de la información que genera el oficial de tránsito actuante hacia la fuerza pública en un retén de carretera en la localidad de Santa Rosa de La Palmera a una distancia y en un intervalo temporal que perfectamente pudo el encartado cubrir y demorar a partir del momento de huir de la escena del accidente donde dejó abandonado a su suerte al menor atropellado. No es de recibo para este Juzgador la tesis de la defensa en el sentido de que bien pudo el encartado haber asumido la conducción del vehículo en un momento posterior al hecho y que existe la posibilidad de que un tercero conductor haya causado el atropello; sobre tal aseveración, que no supera el nivel meramente especulativo no existe en el expediente ni afluó en juicio el más mínimo de los indicios que apuntara en ese sentido; por el contrario, como se ha visto la prueba indiciaria y la pericial acreditan la identidad del vehículo*

detenido con el causante del atropello y señalan al encartado como conductor del mismo al momento de su detención como su chofer al momento de producirse el atropello que se acusó" (folio 218 vto.). Pero no solamente el acusado es detenido conduciendo el vehículo causante de las lesiones, sino que las condiciones de tiempo y espacio conducen a señalarlo como el autor del hecho, pues también se cuenta con prueba testimonial que unida a lo anterior termina por ofrecer la certeza necesaria. En tal sentido puede citarse la declaración del padre del menor ofendido, respecto de la cual se dice en sentencia: "El testigo G, padre del menor ofendido C no es testigo presencial del hecho más se apersona al sitio, casi de inmediato, en auxilio de su hijo, acompañándolo al centro hospitalario San Carlos, lugar donde el menor recibe los primeros cuidados médicos antes de ser remitido hasta el Hospital Nacional de Niños dado su estado de gravedad. Destaca su dicho en el sentido de que una señora que se identificó como la madre del encartado de nombre OU, lo habría abordado en el Hospital mientras su hijo C era atendido de emergencia, siendo que esta señora le indicó que ella sabía que era su hijo (el imputado O) el causante del accidente. Este es un elemento que no tiene otro respaldo probatorio que el dicho del testigo G, pero sobre el cual no tiene razón para poner en tela de duda este Tribunal, pues es también de la experiencia común y perfectamente posible que la madre del encartado en una primera reacción ante el hecho del atropello se haya presentado al Hospital a fin de averiguar sobre la salud del menor y tratar de contactar con sus familiares por lo que tal circunstancia también es considerada un indicio más que se suma a todos los ya indicados y que señala hacia la autoría y responsabilidad del encartado O en relación a los hechos acusados en su contra" (folio 217 fte. y vto). Debiendo agregar que incluso dicho testigo sostiene que en una ocasión fueron citados ante el abogado del encartado, aunque no se llegó a nada: "Nosotros no buscamos a la señora, ella nos hizo una cita en la oficina del Licenciado Chavez pero no se apersonó, entonces espere un tiempo prudencial, no se pero no se apersonó" (folio 209 vto.). Aspectos a lo que termina de unirse la manifestación del menor A.J.A.A., hermano del ofendido, quien brinda características del imputado, que si bien es cierto son generales, coinciden con las del imputado. De manera que si es posible tener por cierto que fue el imputado O la persona que conducía el vehículo que lesionó al menor ofendido. A lo anterior conduce la absoluta certeza sobre cuál fue el vehículo que atropelló a la víctima, precisamente el mismo que momento después conduce el imputado y es detenido en un retén, así como las manifestaciones del padre y hermano del agraviado; aspectos que analizados en su conjunto permiten certeza sobre el tema. Por lo anterior debe declararse sin lugar el motivo."

6. Ilegalidad de la probanza por ausencia de requisitos de acta notarial

[Sala Tercera de la Corte]^{vi}

Voto de mayoría

"VII. [...] el levantamiento del acta notarial por el notario A., tampoco modifica las conclusiones de este proceso, ya que esta Sala de Casación al igual que el Tribunal, considera que aquella fue realizada de forma espuria, aunque por razones diversas, pues su ilegalidad no se debe a que el notario encargado de la diligencia no le hiciera las

prevenciones constitucionales al querellado R., pues aquel se encontraba en la realización de las competencias establecidas en el Código Notarial, al ser potestad del notario o escribano, “*elaborar actas donde dé fe de hechos, sucesos o situaciones que ocurran en su presencia...*” (Art.101. del Código Notarial) y no estar el querellado R., al momento del levantamiento, siendo investigado o acusado penalmente. No obstante, la ilegitimidad de esa prueba, radica en el incumplimiento del inciso c) del 102 del Código Notarial, que en lo que interesa señala: “...a) *En la introducción, deberá hacerse constar a solicitud de quién se procede y el motivo por el cual interviene el notario. b) En caso de representación, el notario indicará la que exprese la parte interesada, sin necesidad de comprobar la personería. c) **El notario que no conozca a quienes debe notificar, informar, intimar o prevenir, deberá procurar identificarlos y hacerles saber por encargo de quién procede, su calidad de notario, la diligencia por efectuar y el derecho que les asiste de hacer constar las manifestaciones que tengan a bien sobre esa diligencia, siempre que sean pertinentes a juicio del profesional.** d) *En la descripción se relatarán, objetiva y concretamente, todas las circunstancias necesarias para los fines jurídicos de las diligencias y los detalles o condiciones solicitados. e) La presencia del solicitante no es necesaria a menos que deba suscribir legalmente el acta... (El resaltado no pertenece al original).* De acuerdo, con los requisitos estipulados por la norma del 102 citada, el Notario A. al momento de hacer la llamada telefónica al ocho tres ocho cinco-cero uno nueve cinco que aparecía en el anuncio, debía identificar al querellado R., luego hacerle saber su cargo como notario, el encargo de quién procedía, la diligencia a efectuar y el derecho que le asistía de hacer constar las manifestaciones que tuviera a bien sobre esa diligencia, procedimiento que debía ser aplicado antes de dar comienzo a la conversación de la que se daba fe y no después de haber obtenido los datos relevantes para sus clientes –según la misma acta-(f.115). De estos modos, el acta notarial objeto de controversia en esta causa, no puede venir a suplantar la prueba judicial, y menos la testimonial, ya que esa prueba “...es aquella donde un tercero, diverso de las partes litigantes, declara sobre hechos de su conocimiento, relacionados con el objeto y la causa de pedir del proceso. Dada la trascendencia de sus manifestaciones, la normativa, de modo explícito, establece controles sobre la veracidad de su dicho. En primer lugar, a favor de la contraparte, quien puede repreguntar al testigo, así como para el juez, quien también podrá interrogarlo y, además, indagar sobre su relación con las partes y tomar nota, (a la luz de la lógica y la experiencia humana), de su forma de contestar, así como de otras reacciones verbales o no verbales que asuma durante su declaración. Así se extrae de los preceptos 355, 357, 358 y 359 del Código Procesal Civil. Por consiguiente, es imposible darle a un acta notarial, como las presentadas por Durman, la calidad de probanza testifical. Inicialmente, porque contraría el principio de contradictorio, es decir, la posibilidad de que la parte contraria repregunte al testigo y ejerza el control atinente al ejercicio de su derecho de defensa. En segundo término, porque tampoco le permite al juez cerciorarse sobre la veracidad de lo narrado por el declarante, escrutando su manera de actuar durante la audiencia y examinando, a través de las preguntas generales de ley y aquellas que estime oportunas, hasta donde es fiable o no lo relatado. La ausencia de tales posibilidades ante un escribano, no permiten asimilar al acta con una declaración de testigo rendida en el proceso. Luego, esta tampoco puede surtir los efectos del artículo 370 *ibídem*, como lo intenta hacer ver el casacionista. Ese precepto dispone: “Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, **en el ejercicio de sus***

funciones. Además, en lo conducente, el numeral 101 del Código Notarial establece: “Las actas Notariales son instrumentos públicos cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del notario y a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia, darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimaciones procedentes según la ley.”. Según la doctrina más autorizada, el testimonio es una manifestación del pensamiento, donde el testigo declara en forma voluntaria hechos de su conocimiento que conciernen a terceras personas, es decir, no son hechos propios. Por ende, tal carácter de manifestación del pensamiento no permite calificarlo de “hecho”, “suceso” ni “situación”, es decir, lo que un cartulario puede incluir en un acta notarial por él expedida...”(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 000888-F-2007, de las nueve horas cinco minutos del catorce de diciembre de dos mil siete, el resaltado pertenece al original). Además, que el levantamiento de esa acta no resulta consecuente con los principios de inmediación y del contradictorio que informan nuestro proceso penal, pues se trata de un documento escrito, que pretende tener la misma validez que la prueba testimonial misma, lo que no es dable conforme al proceso de corte marcadamente acusatorio, vigente. ii) La segunda premisa equivocada de la que parte el impugnante, es la relativa al correo electrónico enviado a la administradora del Condominio M. de la cuenta de A. E., pues aunque esta Sala de Casación, observa que dicho documento muestra frases difamatorias e injuriosas en contra de la empresa Fomento Urbano S.A. y de su personal, específicamente al calificarlo de “inepto” o de “utilizar tácticas sucias y sin ética para construir las viviendas”, lo cierto, es que esas conductas delictivas, no se pueden atribuir al querellado R., al prevalecer una duda más que razonable en cuanto a la identidad del sujeto activo que confecciona el documento, pues en principio, si el correo egresa de la cuenta de la señora A. E. quien debió ser responsable era aquella, o bien, pudo ocurrir que existiera una suplantación de su identidad o simplemente que el documento fuera realizado por ambos esposos, lo que no fue posible averiguar con la emisión de la sentencia y la prueba aportada. Justamente, tampoco fue posible esclarecer la circunstancia, que ese correo fuera enviado al resto de los condóminos, pues por lo menos de la información que consta en autos de folios 71-75, se desprende que aquél fue “Enviado el: Martes, 02 de Septiembre de 2008 09:23 p.m.” e iba dirigido “Para: [...]” o M., usuaria que lo reenvió al día siguiente, sea el tres de setiembre de 2008, al funcionario de la empresa querellante R. M. En definitiva, aunque en el segundo caso, el Tribunal identifica la existencia -de acuerdo con la prueba recibida- de frases difamatorias e injuriantes a lo largo del texto del correo enviado, lo que no se logra determinar es la participación de R. en su confección y posterior publicación. En consecuencia, no asistiéndole razón al impugnante, se declaran sin lugar los motivos segundo y sexto por la forma, presentados por el Licenciado Lara Bolaños.”

7. Presupuestos de admisibilidad de manifestaciones extraprocesales del imputado al proceso penal

[Sala Tercera de la Corte]^{vii}

Voto de mayoría

“II. [...] Al respecto, debe indicarse que esta Sala de Casación, no observa el yerro alegado por la defensa técnica, en cuanto a la ilicitud en la forma de obtención de los recibos que debía entregar la justiciable a los clientes de ambas empresas, pues dichos documentos pertenecían a las personas jurídicas ofendidas, de manera que en estricto sentido, eran de su propiedad, y el hecho que la imputada M. como parte de sus funciones laborales, los guardara dentro de una gaveta con llave en nada incide en una eventual ilicitud, pues es claro, que como parte de las labores administrativas encomendadas, M. debía entregar al contador público R. los mencionados recibos. En este sentido, debe recordarse que el accionar ilícito llevado a cabo por la justiciable M., fue descubierto por casualidad y no por medio de confesión o aceptación de cargos, cuando uno de los inquilinos de las empresas ofendidas se comunicó vía telefónica con el contador público R. para solicitarle un rebajo del monto del local arrendado al haber incurrido en erogaciones económicas por reparaciones, lo que de inmediato provocó en R., ciertos cuestionamientos, ya que según los registros de la empresa aquel se encontraba moroso, mientras que el mencionado inquilino aseguraba tener en su poder los recibos que comprobaban lo contrario. Con vista en ese acontecimiento, R. solicita al testigo R. V., que en ese momento laboraba como mensajero de las empresas, ir a retirar los recibos originales, lo que a la postre, incide de inmediato en el descubrimiento del desfalco del que estaban siendo objeto las empresas para las que él trabajaba, aduciendo don R. en el contradictorio que: *“...me llamó el señor G. el dueño de M. O., y me dijo que si podía rebajarse del alquiler del mes las reparaciones que había hecho y yo le dije que él estaba atrasado con el alquiler y me dijo que no, que él tenía el recibo y yo le dije que iba a mandar al mensajero R. V. a recoger el recibo, cuando llegó a la oficina y me lo entrega, entra Aurelia a la oficina mía y me dice: **“ya te diste cuenta” yo le dije que sí, que me había dado cuenta del desfalco, pero no sabía el monto, una vez pasa esto yo llamé a I. y le dije lo sucedido y ella habló con doña M. E. y con Aurelia, pero yo no estuve...”**(f.277-278, la negrita y subrayado no pertenecen al original)*. Desde ese momento, en la empresa F. L. S.A., comienza una investigación administrativa tendiente a determinar el monto de lo sustraído por M. (Cf. con la declaración de I., f.272), quien de manera espontánea, al verse descubierta, procede a aceptar los hechos ante un tercero, sin que hasta ese momento se hubiese determinado el modus operandi utilizado o el monto total de la sustracción o la mencionada funcionaria procediera a emitir detalles de sus acciones. De manera similar, la imputada M. realiza una aceptación espontánea ante la señora I., quien para ese momento era la encargada del manejo de la empresa F. L. S.A. y aunque incluso suplicó poder realizar arreglos de pago para cancelar los montos adeudados en un lapso de dos meses, no determinó en los pormenores de su actuar. De manera que, con base a las anteriores circunstancias específicas del caso, para ese momento ni la testigo I., como abogada y representante de la empresa ni el contador R., tenían la obligación de advertir a la justiciable M. de su derecho constitucional de abstenerse de declarar, pues la investigación realizada lo era a nivel interno de la empresa

y no se trataba de autoridades policiales o jurisdiccionales, pues la aceptación se maneja – en un principio- como un error en el administración del dinero recibido, que incluso le conllevó modificaciones en sus funciones, más ni siquiera su despido de las empresas ofendidas. Diferente hubiese sido que una vez que los hechos se conocen, los representantes de la empresa hubiesen llamado de inmediato a los órganos policiales estatales o al Organismo de Investigación Judicial, ya que aquellos si tienen la obligación conforme a los numerales 39 y 40 Constitucional de realizar las respectivas advertencias de ley, pues la señora M. desde ese momento se hubiese convertido en sospechosa de la comisión de un hecho ilícito penal. Sobre el tema, debe distinguirse la aceptación de cargos que realiza la justiciable M. ante terceros en el ámbito laboral con la aceptación de cargos en materia penal, pues en la primera no son necesarias las advertencias respectivas, y en la segunda son obligatorias. Así, en cuanto a la aceptación realizada por la justiciable M., en la reunión que mantuviere con la abogada y testigo I. y su valoración por parte del Tribunal de mérito, es preciso detenerse a realizar la interpretación legal adecuada con relación a los derechos de abstención y defensa consagrados legal y constitucionalmente en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 13 del Código Procesal Penal, con respecto al derecho de defensa del imputado, indica: **“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 tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público... Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él...”** (La negrita y subrayado no pertenece al original). Esa legislación procesal penal citada, también, encuentra amparo en los numerales 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana de Derechos Humanos así como en las normas 14.3.d. y 14.3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen: **“...Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: 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; (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable...”** (El resaltado y la negrita no pertenece al original), lo que impone la obligación de toda persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, de contar con asistencia letrada desde el primer acto policial o judicial, así como de no ser obligada a declarar contra sí misma. Igualmente, el numeral 82 inciso e) del código de rito, establece como parte de los derechos del imputado, dentro del proceso penal: **“Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, de que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia...”** (La negrita y subrayado no pertenece al original); articulado que coincide con los artículos 91 y 98 del Código citado, es decir, ambos derechos tanto el de abstenerse a declarar, como el de contar con asistencia técnica letrada, deben ser comunicados por las autoridades judiciales y policiales al sospechoso de la comisión de un hecho punible, bajo los siguientes presupuestos: **“...i) Desde el primer acto investigativo (sea policial o judicial) que señale a una persona como sospechosa de un delito, ella cuenta con todos los derechos de un imputado, especialmente los de asistencia técnica letrada y abstención a declarar. ii) Para que esos derechos sean efectivos, cualquier autoridad pública competente que aborde a una persona en calidad de sospechosa, está en la**

obligación de comunicárselos inmediatamente. iii) El interrogatorio policial con fines investigativos es posible durante las primeras seis horas posteriores a la detención, siempre que se haga en presencia de un defensor y respetando los derechos del justiciable. Cualquier información obtenida del imputado en irrespeto de estos derechos, no podrá ser valorada en juicio, e incluso puede llegar a comprometer otro material probatorio que se haya obtenido a partir de dicha violación: “Como ya es conocido en la práctica judicial nacional, el criterio reiterado de esta Sala sobre las declaraciones en sede policial advierte ‘la declaración de policías acerca de lo que relata el imputado en su presencia, es que no tiene valor, salvo aquellos elementos probatorios independientes que deriven de la declaración, y que logren acreditarse en forma independiente’ Sala Tercera, resolución N° 317 de las 10:25 horas del 22 de junio de 1993 (en igual sentido sentencia N° 224, de 9:35 horas del 28 de agosto de 1987; y N° 204 bis, de las 9:55 horas del 14 de mayo de 1993)...” (Sentencia No2007-0595, de las 16:02 horas, del 31 de mayo de 2007, reiterada en **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, voto 2011-01067, de las ocho horas y cincuenta y ocho minutos del dos de setiembre del dos mil once. Con vista en la cita anterior, si el(la) sospechoso(a) espontáneamente hace referencia a los hechos supuestamente cometidos ante órganos policiales o jurisdiccionales es obligación de esos entes estatales, interrumpirlo y advertirle sobre sus derechos constitucionales (voto No. 2011-0111, de las 11:15 horas, del 11 de febrero de 2011). No obstante, si se trata de manifestaciones extraprocesales realizadas ante particulares, terceros o de manifestaciones realizadas por sujetos que no tienen el carácter de sospechosos en el momento en que se producen, no existe la obligación de realizar las respectivas advertencias de ley, situación que ocurrió en el caso particular, pues la señora M. no ostentaba la condición de sospechosa ni tampoco los testigos exhibían el carácter de autoridades jurisdiccionales o policiales, tal y como en su momento lo narró al Tribunal de instancia la testigo I.: “...Lo que hacía ella era que había una gaveta donde se guardaban los recibos, de cada una de las empresas, habían muchos recibos y ella lo que hacía era coger talonarios nuevos y daba recibos de ahí, no seguía el consecutivo, cuando R. habló con ella, ella le dijo que si ya se había dado cuenta, luego ella me pidió que la perdonara y que aceptaba haber tomado esos dineros...”(f.271) A los dos meses como no hubo posibilidad de arreglo, optamos por despedirla y le pusimos la denuncia penal...”(f.271). Aspecto, que posteriormente, también es retomado en la sentencia de marras, cuando el Tribunal de instancia, señala con respecto a los alegatos realizados por la defensa, que: “...Con respecto al hecho que la señora M., haya aportado parte de la documentación utilizada para elaborar dichos informes, este Tribunal, debido a las circunstancias en las que ocurre, no detecta ninguna violación a sus derechos, teniendo claro que una vez descubierta la sentenciada, de la administración fraudulenta que estaba realizando en su beneficio y en perjuicio de sus empleadoras L. S.A. y M. H. S.A., el contador de dichas empresas don R., quien así lo indica en debate, le solicita las copias de los recibos por dinero que ella, entre sus funciones debía custodiar, eso lo hacía en la oficina donde se llevaba a cabo la administración de las ofendidas, en una gaveta de su escritorio, a todas luces esa documentación era propiedad de las ofendidas y sus representantes tenían derecho si esa hubiera sido su voluntad inclusive a tomarlas, en el peor de los casos se hubiera podido recolectar con una orden de allanamiento registro y secuestro emitida por una autoridad jurisdiccional; además que la señora M. nunca fue obligada a realizar tale actos, ya que como el mismo don R. lo indicó en debate, luego de que él le solicitó la documentación mencionada, ella se tardó entre tres o cuatro días para hacerlo, así las cosas si la señora M. no hubiera entregado dichos comprobantes de recibos, de acuerdo con la Teoría del Hallazgo Inevitable,

esta documentación, siempre hubiera sido incorporada al proceso./ Como si fuera poco, además que como ya se ha indicado, con todo el aservo (sic) probatorio recibido e incorporado a debate, quedó totalmente claro para este el Tribunal, que la condenada M. cometió los hechos acusados y querellados, en cuanto su participación como autora de los hechos, igualmente se ha logrado a través del debate recopilar al menos una prueba testimonial que liga a la sentenciada y que la identifica como autora del hecho, como lo es la declaración en juicio de doña I., quien al informarse de la desaparición de los fondos de las sociedades ofendidas y de la posible participación en dichos hechos de doña Amelia, es contactada por ésta y le pide una cita, doña I. fue clara en indicar que ella decide recibirla en su oficina como profesional en Derecho, y es ahí donde le confiesa haberse apropiado dineros que había recibido con ocasión de su trabajo como secretaria encargada de recibir pagos producto del arrendamiento de bienes inmuebles propiedad de las sociedades ofendidas, además que le pide tiempo para pagarle todo lo que había sustraído. Es evidente que doña I. no era funcionaria pública, mucho menos ostentaba una profesión o cargo que le obligara a realizar las advertencias de los derechos mencionados a la condenada, ella simplemente era una civil que buscaba respuestas a un problema económico creado por su empleada M.. Ahora bien, queda claro que lo dicho por la testiga I. es totalmente válido, y sus manifestaciones pueden ser utilizadas a lo largo de este proceso. De ellas se reconoce que la ahora condenada, le confiesa haber sustraído los dineros de las sociedades ofendidas, y que al momento de su manifestación le era ya imposible seguir con su ardid, pues ya había sido descubierta. Datos que son utilizables en este instancia según lo autoriza la ley así como la jurisprudencia sobre el punto en cuestión: "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 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. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto 822-03. O en su defecto la jurisprudencia de aquella misma Sala número 791-97: "I.- [...], la Sala ha indicado de manera reiterada que no se produce vicio alguno cuando el Tribunal de Instancia utiliza las manifestaciones dadas por el imputado de manera libre y espontánea a terceras personas, siempre y cuando sean valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, tal y como sucede en el presente caso, en donde incluso las declaraciones de los testigos

mencionados por el recurrente encuentran sustento probatorio en las restantes pruebas que fueron recibidas en el debate y que son analizadas en la sentencia. Sobre este punto, vale recordar lo que ha resuelto la Sala, al señalar que: "**En general, la doctrina acepta que estamos en presencia de las manifestaciones extraprocesales, cuando el imputado declara espontáneamente fuera del proceso, antes de su iniciación o en cualquier momento de su recorrido. Dicho acto puede llegar al proceso sin que haya razón valedera para rechazarla, sobre la base de que no existe en el procedimiento penal una sola disposición normativa que la prohíba, cuando la prueba se ha obtenido de manera lícita. Estaremos frente a este supuesto, en aquellos casos donde el imputado, sin coacción alguna, libre y espontáneamente, haga algunas manifestaciones auto-incriminatorias, ya sea que las realice al ofendido, o ante terceros.. En estos casos es posible introducir al juicio aquellas manifestaciones por medio del testimonio de quien dice haber escuchado al imputado, que puede ser valorado por el Juez de conformidad con las reglas de la sana crítica.** En principio, porque los testigos tienen el deber legal de declarar todo aquello que supieren sobre la comisión del delito (artículos 225 y 226 del Código de Procedimientos Penales) salvo los casos en que puedan o deban abstenerse de declarar. Además, al acto no le son aplicables las reglas de la indagatoria porque pese a que tendrá efectos en el proceso, no estamos en presencia de funcionarios públicos que deban cumplir con las exigencias procesales para su validez. Eficacia que la doctrina condiciona solo a la libertad y voluntariedad de la declaración, y en especial, a la no influencia del interrogatorio policial." (Voto No. 759-F de las 9 hrs. del 22 de diciembre de 1995..."(La negrita y subrayado no pertenecen al original, f.303-306)."

8. Improcedente admitir consultor técnico como testigo o perito

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José]^{viii}

Voto de mayoría

"II.- [...] Según se observa en el escrito que corre agregado a folios 269 a 273, el señor J. fue ofrecido expresamente por la defensa como consultor técnico aunque se alude a la normativa que regula el nombramiento de los peritos, artículo 213 y sgts. del Código Procesal Penal, y con la finalidad de que expusiera de manera técnica, "la manera en la cual acontecieron los hechos delictivos". Por su parte, el Juzgado Penal de San José, pese a la evidente inconsistencia del citado ofrecimiento de prueba, y sin hacer ninguna consideración en cuanto a la naturaleza y entidad de la propuesta se limitó a admitir como prueba "testimonial" al señor J. (ver folio 363 vuelto) y, en tal condición, aunque dándole en forma correlativa el trato y condición de perito, se recibieron sus manifestaciones en el debate (ver folio 598 vuelto y 599 frente). Al respecto, es evidente que la intervención del señor J. en la presente sumaria, se generó como consecuencia de su contratación directa por parte de la defensa quien corre con sus honorarios, por lo que la ponderación de sus indicaciones debía ser muy rigurosa, ya que tal situación sin duda alguna, afecta el grado de confiabilidad de su testimonio, no en razón de que éste falte a la verdad o a su conocimiento técnico, sino en virtud de que fue contratado por una de las partes interesadas y a cuya versión claramente se ajustan sus resultados. Además, resulta

evidente que en la presente causa no fue nombrado como perito, ni en tal condición se le solicitó la elaboración de un informe, ni su relato participó en consecuencia, de la rigurosidad propia de una pericia, ni de las responsabilidades que implican asumir tal rol en el proceso penal, lo que hace absolutamente improcedente la valoración de sus manifestaciones, que desde esa especial condición realizó el juzgador en la sentencia e incluso del contenido del informe elaborado por él a petición de la defensa, y que fue admitido como prueba para mejor resolver, a pesar de que no resultó ser un documento novedoso para la parte proponente, ya que según consta en el propio informe fue elaborado desde el 26 de mayo de 2010 (ver folios 567 a 573), y sin embargo, se ofreció hasta el 24 de enero de 2012 (folio 549).

III.- Ahora bien, debe indicarse que planteada la petición por alguna de las partes para asesorarse de un consultor técnico, es obligación del despacho que tramita el proceso nombrar y procurar que esta designación se realice conforme a derecho. En autos se observa que ese nombramiento no se hizo, por no haberse cumplido con los requisitos que al efecto el Código Procesal Penal dispone. Es más, se aprecia que en este proceso se dio una imprecisión sobre la naturaleza jurídica de la consultoría técnica que se pidió, al confundírsele con una pericia no sólo por el Juzgador sino incluso por la parte proponente. Tal situación provocó que J. interviniera y fuese recibido en la audiencia durante el contradictorio no como consultor, sino como testigo calificado y perito. El consultor técnico es un auxiliar de las partes, no un perito, como claramente lo distingue el Código Procesal Penal en el artículo 126 que señala: *“Si por las particularidades del caso, el Ministerio Público o alguno de los intervinientes consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrán al Ministerio Público o al tribunal, el cual decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter. **El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten**”* (la negrita es suplida). De igual forma, no podría ser considerado como prueba testimonial, y no era procedente ni posible que fuera admitido y declarara en juicio bajo ninguna circunstancia, por lo que incurrió el juzgador en un evidente error al admitirlo y recibirlo como testigo, siendo que ello no era admisible dado que su función se limitaba a colaborar y asesorar a la parte que expresamente lo propuso, pues no presenció los hechos, ni le consta información de los mismos. Así las cosas, debe quedar claro que el señor J. no puede por las razones antes expuestas y bajo ninguna circunstancia ser admitido en este juicio como declarante. Desde esta perspectiva, resulta evidente que en el fallo se rebasó el principio de libertad probatoria, que si bien permite la utilización de cualquier medio de prueba, también establece la salvedad de aquellos expresamente prohibidos, y en tal sentido, la admisión y utilización que se dio a la intervención del señor J., resulta contrario a derecho y con ello se afectó en forma esencial lo resuelto al introducir prueba ilegítima al contradictorio, dejándose de ponderar o en su caso sesgando, como se verá de seguido, el restante elenco probatorio.”

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 (Nº 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.

ⁱ Sentencia: 00349 Expediente: 13-000360-1283-PE Fecha: 21/02/2014 Hora: 10:56:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

ⁱⁱ Sentencia: 01744 Expediente: 13-000058-1130-PE Fecha: 09/08/2013 Hora: 09:10:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 01944 Expediente: 01-001540-0647-PE Fecha: 07/12/2012 Hora: 11:24:00 a.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^{iv} Sentencia: 01617 Expediente: 01-001558-0175-PE Fecha: 01/11/2012 Hora: 03:10:00 p.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^v Sentencia: 00710 Expediente: 08-200664-0306-PE Fecha: 19/09/2012 Hora: 09:00:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón.

^{vi} Sentencia: 01399 Expediente: 09-000004-0361-PE Fecha: 31/08/2012 Hora: 10:30:00 a.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^{vii} Sentencia: 00849 Expediente: 00-004200-0647-PE Fecha: 30/05/2012 Hora: 02:45:00 p.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^{viii} Sentencia: 01042 Expediente: 08-025924-0042-PE Fecha: 30/05/2012 Hora: 11:12:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José.