



ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA EN EL PROCESO PENAL

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Actos Procesales en Materia Penal.
Palabras Claves: Actividad Procesal Defectuosa, Convalidación, Saneamiento, Nulidad Absoluta, Defecto Saneable, Prueba Espuria, Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado, Preclusión Procesal, Proceso Penal.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 25/09/2014.

Contenido

RESUMEN	3
NORMATIVA	3
Actividad Procesal Defectuosa	3
DOCTRINA	4
Actividad Procesal Defectuosa	4
Principio General.....	6
Protesta	9
Convalidación	9
Defectos Absolutos	11
Saneamiento.....	14
JURISPRUDENCIA	16
1. Actividad Procesal Defectuosa, Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado y Prueba Espuria.....	16
2. Actividad Procesal Defectuosa por Faltas al Principio de Juez Natural	20

3. Actividad Procesal Defectuosa y Efectos Jurídicos de los Actos.....	22
4. El Acto Nulo en el Código Procesal Penal y el Código de Procedimientos Penales	25
5. Análisis del Artículo 175 del Código Procesal Penal.....	28
6. Artículo 175 del Código Procesal Penal y Revisión de Oficio	29
7. La Actividad Procesal Defectuosa como un Medio para Atacar Actos Procesales.....	37
8. Artículo 176 del Código Procesal Penal	41
9. Momento Procesal Oportuno para Interponer la Protesta en Cuanto a la Actividad Procesal Defectuosa	42
10. Convalidación de Actividad Procesal Defectuosa.....	47
11. El Agravio en la Actividad Procesal Defectuosa	52
12. Nulidad Absoluta.....	56
13. Artículo 177 Inciso C del Código Procesal Penal.....	67
14. Teorías para la Determinación de la Ilícitud de la Prueba.....	69
15. Actividad Procesal Defectuosa y Etapas Procesales Precuidas.....	73
16. Artículo 177 Inciso B del Código Procesal Penal	74
17. Artículo 178 Inciso A del Código Procesal Penal	74
18. Factibilidad de la Declaratoria de Nulidad de Oficio en Caso de Defectos Absolutos en el Proceso Penal	77
19. Actividad Procesal Defectuosa, Artículo 178 del Código Procesal Penal y Nulidad Absoluta.....	81
20. Nulidad Saneable y Nulidad Absoluta.....	85
21. Saneamiento.....	87
22. Defectos Absolutos y Artículo 178 del Código Procesal Penal.....	90
23. Protesta por Actividad Procesal Defectuosa de Carácter Absoluto	91
24. Artículo 178 del Código Procesal Penal.....	92
25. Momento Procesal Oportuno para el Saneamiento de Defectos en el Proceso Penal.....	93
26. Saneamiento y Preclusión Procesal.....	96
27. Principio de Saneamiento	99

RESUMEN

El presente informe de investigación contiene jurisprudencia y doctrina sobre la **Actividad Procesal Defectuosa**, considerando los supuestos de los artículos 175 a 179 del Código Procesal Penal.

NORMATIVA

Actividad Procesal Defectuosa

[Código Procesal Penal]ⁱ

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

Artículo 176. **Protesta.** Excepto en los casos de defectos absolutos, el interesado deberá protestar por el vicio, cuando lo conozca. La protesta deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

Artículo 177. **Convalidación.** Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:

- a) Cuando las partes o el Ministerio Público no hayan solicitado oportunamente su saneamiento.
- b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

c) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.

Artículo 178. **Defectos absolutos.** No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes:

a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley.

b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales.

c) A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento.

Artículo 179. **Saneamiento.** Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código.

DOCTRINA

Actividad Procesal Defectuosa

[Llobet Rodríguez, J]ⁱⁱ

[P. 325]

TITULO II ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA (1)

Comentario

(1) Véase el comentario al Art. 175 C.P.P. Importante es que se abandona la terminología “*nulidades*”, que tenía el código de 1973 y se le sustituye por “*actividad*”

procesal defectuosa", término que se encuentra también en el Código Procesal Civil. Se trata de una terminología, al igual que las palabras "convalidación" y "subsanción" que había sido propuesta por *Niceto Alcalá Zamora* al referirse a las bases para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense (Cf. *Alcalá Zamora, Niceto. Bases...*, p. 36). Sin embargo, el abandono del término "nulidades" por el C.P.P. no es total, puesto que cuando el Tribunal que resuelve el recurso de apelación en contra de

[P. 326] la sentencia, declara con lugar el recurso puede decretar la nulidad de la sentencia del Tribunal de Juicio (Art. 465 del C.P.P.). Lo mismo cabe indicar cuando se declara con lugar un recurso de casación (Art. 473 del C.P.P.). Por ello es que en los presentes comentarios al código se utiliza en ocasiones la palabra "nulidad". Se suma a ello que la ley de creación del recurso de apelación de la sentencia con respecto al recurso de casación vuelve a la distinción basada en el quebranto a las reglas sancionadas con nulidad, inadmisibilidad, caducidad e ineficacia (Art. 468 del C.P.P.), similar a la que hacía el Código de Procedimientos Penales de 1973 (Art. 471 inciso 2). Véase: *Llobet Rodríguez. Código...*, pp. 564-568. Esto no deja de sorprender, ya que con la reforma procesal penal de 1996 se pretendía abandonar la terminología del Código de 1973, unido a que se partía de que debían eliminarse las referencias a la nulidad de los actos procesales, de modo que no rigiera el principio de especificidad, ya que todas las formalidades debían ser consideradas como necesarias, aunque no se decretaría como actividad procesal defectuosa un acto y con ello su ineficacia, cuando no se hubiera causado un perjuicio procesal, de modo que no debía regir la ineficacia por la ineficacia misma.

Con respecto al cambio de nomenclatura que se dio con el Código de 1996 es importante citar lo dicho por *Alberto Binder*. *"La nulidad es una solución final, la última respuesta, y por eso mismo no es conveniente seguir manteniendo los múltiples sentidos para la voz <nulidad>, ya que eso genera confusiones en el sistema y tampoco se puede hacer girar la teoría de la actividad procesal defectuosa alrededor de la idea de la nulidad. Al contrario, el centro de una teoría de la actividad procesal defectuosa es el desarrollo de los modos de reparación o restauración de los principios constitucionales cuya vigencia está garantizada por las formas"* (*Binder. El incumplimiento...*, p. 96). En realidad el término "nulidad" hace mención a la sanción al acto procesal, es decir a la consecuencia de la ineficacia del acto, mientras el término "actividad procesal defectuosa" a lo que hace referencia es al vicio que presenta el acto. Desde esa perspectiva se trata de dos términos que se encuentran en dos planos diversos, no siendo por ello necesariamente incompatibles entre sí.

Principio General

ARTÍCULO 175. Principio general

No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales (1).

Comentario

Sobre la actividad procesal defectuosa véase: Armijo. Garantías..., 77-79; Armijo. Actividad..., en: Reflexiones..., pp. 513-543; Armijo. Actividad..., En: Derecho Procesal..., pp. 215-246; Armijo. ¿Atenta..., pp. 171-179; Binder. El incumplimiento...; Ureña. Actividad...; Ureña. Los efectos..., pp. 247-297; Maier. Derecho Procesal Penal, T. III, pp. 32- 55. Consúltese en particular el voto 984-2003 del 31-10- 2003 de la Sala Tercera, que hace un desarrollo teórico sobre la actividad procesal defectuosa. El código de 1973 giraba alrededor del concepto de las nulidades, ello como una sanción procesal al acto que incumplía las formalidades establecidas. Se hacía, sin embargo, una distinción entre actos irregulares y actos inválidos, puesto que la nulidad sólo se podría decretar en caso de que estuviese dispuesta expresamente (Cf. Llobet Rodríguez. Código..., pp. 165-166), criterio que era relativizado con el establecimiento de las llamadas “nulidades genéricas” (Art. 145 del C.P.P. de 1973. Cf. Llobet Rodríguez. Código..., pp. 168-169). Todo ello llevó a que existiese una tendencia a decretar la “*nulidad por la nulidad misma*”, o sea por el mero incumplimiento de las formalidades sancionado con nulidad. Lo anterior hizo que el ejercicio de la defensa técnica estaba muy relacionado con la presentación de incidentes de nulidad que no sólo implicasen la nulidad de un acto concreto que habría que repetir de nuevo, sino que incluso retrotrajeran el proceso a etapas anteriores ya preuidas (Cf. Armijo. ¿Atenta..., pp. 171-173). La Sala Constitucional, sin embargo, enfatizó que para decretar una nulidad, aun absoluta, se requería la existencia de un interés procesal, a lo que se hizo referencia en diversas resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sobre ello es importante citar lo indicado por el profesor *Gilbert Armijo*: “*En realidad, antes de que se instaurara la Sala Constitucional, ya... (la) forma de entender la defensa técnica - recurriendo a las nulidades - casi estaba agotada... La jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera fue reiterada en el sentido de que era improcedente la nulidad por la nulidad misma, pues la forma - indicaron - no es un fin en sí mismo*” (Armijo. ¿Atenta..., p. 173). Ello llevó a que ésta en diversas resoluciones, por ejemplo en lo relativo a la firma tardía de las resoluciones y la falta de lectura en tiempo de la sentencia integral, se negase a decretar la nulidad de la sentencia, con el argumento de que la parte no había sufrido ningún perjuicio procesal,

igualmente se toleraron por la Sala Tercera correcciones al requerimiento de elevación a juicio realizadas en el juicio oral por el Ministerio Público, de modo que se dejaron de decretar nulidades del mismo por los tribunales de juicio (Sobre ello: Armijo. *¿Atenta...*, p. 173). De gran importancia al respecto fue una investigación que realizó *Fernando Cruz*, publicada por la Escuela Judicial, que recogía los diversos criterios en contra de que se decretase la nulidad por la nulidad misma, y que sirvió de libro de texto a seguir por parte de los diversos tribunales (Cruz Castro. *La nulidad...*). Esas resoluciones son antecedentes a las previsiones del código de 1996 sobre la actividad procesal defectuosa, de modo que en parte puede decirse que el código recoge la tendencia expresada por la Sala Tercera al respecto.

[P. 327] Importante con respecto a la actividad procesal defectuosa es que se sigue lo establecido en el C.P.P. Modelo para Iberoamérica de 1988, que abandona el criterio de la taxatividad de las nulidades en lo relativo al incumplimiento de las previsiones legales. De gran relevancia es la discusión que sostuvieron *Fernando de la Rúa* y *Julio Maier* durante las Jornadas del Instituto Iberoamericano celebrado en Guatemala en 1981, en el cual el primero defendió el criterio de las nulidades establecidas expresamente, mientras el segundo defendió que no debía seguirse el principio de taxatividad de las nulidades, que él llamó de la cláusula de cerramiento, sino un sistema en que todas las formas fueran esenciales (- *Memoria...*, pp. 65-68). El criterio que se siguió en el Código Procesal Penal de 1996 fue de acuerdo con los lineamientos dados por *Maier* en esas Jornadas. Así se parte en el código que todas las formalidades son esenciales, abandonándose el principio de especificidad de las nulidades que establecía el código de 1973 ("*Pas de nullité sans texte*". Cf. Llobet Rodríguez. *Código...*, pp. 165-167). Es importante citar al respecto la explicación que dio *Julio Maier* en las Jornadas mencionadas arriba, en donde indicó que el sistema que establece una cláusula de cerramiento de las nulidades, similar al principio de legalidad es que "*(...) si hay solo algunas formas previstas bajo sanción de nulidad, para qué regular las otras que no nos llevan a considerar el acto como inefectivo. Por ejemplo, si la omisión de consignar el lugar en donde se cumple un acto no conduce a su inefectividad por falta de sanción, para qué exigir esta condición o preverla como condición (...)*". Indicó que el sistema que proponía podía ser denominado como judicialista. Dijo: "*Este sistema, al contrario del otro, no parte de ninguna cláusula de cerramiento. Es decir, no establece cuáles son los vicios que van a llevar a la inefectividad del acto, pero agrega algo más, da poder al juez para decir cuáles vicios son de tal manera esenciales que el acto no puede tenerse por válido para cumplir un cierto efecto jurídico. Al contrario del otro sistema, del de la cláusula de cerramiento, que pretende resolver todos los problemas para hacer posible que el cálculo jurídico, es decir que una persona pueda de antemano, al disponerse realizar una acción, saber cuánto vale esa acción, que efectos produce; al contrario de ese sistema que parece óptimo para el cálculo jurídico, este sistema deja el cálculo jurídico, que es una de las*

principales funciones que cumple el derecho, digamos en suspensión, en el sentido de que sólo vamos a saber cuáles vicios resultan esenciales para la validez del acto una vez que el juez se pronuncie y recién allí es decir, después de cumplido nuestro acto (...)". Señaló que las proposiciones que hacía en las siguientes: "Primero, partir de la base de que la ley debe regular las condiciones para que un acto tenga determinado efecto. No pretendo con ello ir a un sistema de nulidad totalmente formalista, de tal manera que cuando una condición falte el acto irremediamente no puede valer para conseguir el efecto deseado, para el cual el autor lo ha cumplido. Pero me parece necesario, por lo menos, pulir las condiciones necesarias para que el acto tenga determinado efecto, sin perjuicio de poder establecer ciertas recomendaciones en el mismo código. Es decir, creo que sí se coincide en que sólo unas condiciones van a llevar a la ineffectividad del acto, es preciso intentar simplificar el Código, quitando de él todas aquellas condiciones que de antemano no nos parecen esenciales y, por lo tanto, no las sancionamos con nulidad. Quiero decir con esto, no aplicarla cláusula de cerramiento dentro del sistema, pues me parece ínsita en estas normas facultativas, sino intentar otra vía: pulir el código de formas que puedan resultar no esenciales como condición para que el acto tenga su validez. En una segunda etapa, luego de prescindir de la cláusula de cerramiento, establecer un buen criterio de subsanación de esos vicios. Esto quiere significar que, a pesar de que el acto se ha realizado con ciertos vicios, es decir, sin alguna de las condiciones que la ley prevé, puede ser que valga para conseguir el efecto jurídico deseado: si, por ejemplo, el acto alcanzó el fin deseado aun con una forma distinta a la prevista por la ley (...). Lo mismo puede suceder en aquellas nulidades que establezcamos como relativas en su forma de impugnación, con la falta de interés para provocarla nulidad del acto o la falta de expresión de ese interés en un tiempo dado, que subsana el vicio (...). Por último, aun dentro de este sistema, una tercer categoría debe establecer ciertas formas esenciales, necesarias, cuya violación sea insubsanable y esto en la práctica, quiere significar que deben existir algunos de estos vicios que si la ley puede especificar como absolutos, algunos de estos vicios que no dependan de la denuncia de alguno de los interesados, incluso que no dependan temporalmente, que sean incluso advertibles de oficio por el tribunal.

Debe reconocerse que en contra del criterio de que con el Código de 1996 se abandona el principio de especificidad se pronuncia una voz autorizada, como es la de Gilbert Armijo (Armijo. Actividad..., en: Reflexiones..., pp. 528-529; Armijo. Actividad..., en; Derecho..., p. 224). Sin embargo, de acuerdo con nuestro criterio en vez de girar el sistema de la actividad procesal defectuosa sobre el principio de especificidad, lo hace sobre el principio que requiere que la falta de formalidad le cause un perjuicio al interesado ("Pas de nullité sans grief) (Sobre ello: Armijo. Actividad..., en: Reflexiones..., pp. 529-530; Armijo. Actividad..., en Derecho..., pp. 225-226). Por otro lado, aspecto fundamental del sistema de la actividad procesal defectuosa es el saneamiento del vicio, el que procede incluso en caso de defectos absolutos (Art. 179 C.P.P.). A ello se

une la regla de que con el saneamiento del acto, el proceso no debe retrotraerse a etapas anteriores (Art. 179 párrafo 2) C.P.P.).-

Sobre la prueba ilícita y los efectos mediatos de la misma véase el comentario al Art. 181 párrafo 1) C.P.P.

Protesta

[P. 328] ARTÍCULO 176.- Protesta

Excepto en los casos de defectos absolutos (1), el interesado deberá protestar por el vicio, cuando lo conozca (2).

La protesta deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente (3).

Comentario

(1) Véase: Arts. 459 y 468 último párrafo del C.P.R, referentes a los recursos de apelación y casación.

(2) Si no se protesta el vicio se produce una convalidación del mismo, de modo que el acto será eficaz, no teniendo relevancia el vicio que originalmente tenía.

(3) Debe proponerse el saneamiento del vicio (Art. 179 C.P.P.).

Convalidación

ARTÍCULO 177.- Convalidación

Salvo los casos de defectos absolutos (1), los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:

a) **Cuando las partes o el Ministerio Público no hayan solicitado oportunamente su saneamiento (2).**

b) **Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto (3).**

c) **Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes (4).**

El saneamiento (5) no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.

Comentario

(1) Art. 178 C.P.P. Véase: Arts. 459 y 468 último párrafo del C.P.P., referentes a los recursos de apelación y casación.

(2) A diferencia del código de 1973 (Art. 148. Cf. Llobet Rodríguez. Código..., p. 174), no se establecen expresamente límites temporales a los reclamos de vicios producidos durante el procedimiento preparatorio o el intermedio. El límite estaría dado por la expresión "... *deberá protestar del vicio cuando lo conozca...*", prevista en el Art. 176 C.P.P. Sin embargo, debe considerarse además lo que señala *Gilbert Armijo*: "*En lo relativo al procedimiento en el NCPP podemos decir, a grosso modo, que la actividad procesal defectuosa es susceptible de ser reclamada ante el Tribunal del procedimiento intermedio. Es en esta etapa donde deben resolverse todos los aspectos relativos a los asuntos no saneados en la etapa preparatoria, siempre que no se hayan convalidado por la inercia de las partes (arts. 15 y 317 inciso a) NCPP), y en caso de no encontrar respuesta positiva, puede reclamar en debate dichos defectos por la vía incidental (art. 342 NCPP), y como última alternativa pueden ser invocados en casación o revisión cuando se trate de aspectos que impliquen vulneración de garantías constitucionales (arts. 369, 443 y 408 inciso g) NCPP). En los casos que se refieren a defectos del procedimiento, se requiere como requisito de admisibilidad que la parte haya hecho protesta oportuna o haya reclamado el saneamiento, a excepción de los defectos absolutos o los producidos luego de la clausura del debate"* (Armijo. *Actividad...*, en: *Reflexiones...*, p. 536).

(3) *Se trata de supuestos en que las partes concurrieron a ocasionar el defecto, ello en forma expresa o tácita. Sobre ello: Armijo. Actividad...*, en: *Reflexiones...*, p. 534. Cf. Art. 439 C.P.P., el que autoriza al imputado, pero no al Ministerio Público, a impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocar el vicio, en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación. Véase la nota 2) del comentario al Art. 439 del C.P.P.

(4) *Se está ante un supuesto de convalidación del vicio que opera también con respecto a los defectos absolutos, a pesar de lo que se indica en el primer párrafo del artículo en comentario. Lo anterior ya que existiría una falta de interés en la declaratoria del defecto absoluto (Cf. Leone. Tratado..., T. I, p. 712; Clariá Olmedo. Tratado..., T. IV, p. 228; Armijo. Actividad en: Derecho..., p. 241).*

(5) *Se habla de saneamiento y no de convalidación. Debe tenerse en cuenta que el saneamiento está regulado en el artículo 179 del C.P.P., en donde debió haber estado regulada la presente disposición. La falta de necesidad de proceder al saneamiento cuando no el vicio no produce ningún perjuicio es una consecuencia de la necesidad de un interés para reclamar y para declarar un vicio que deba ser saneado.*

Defectos Absolutos

ARTÍCULO 178.- Defectos absolutos

No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio (1), los defectos concernientes:

A la intervención (2), asistencia (3) y representación del imputado (4) en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley (5).

Al nombramiento (6), capacidad (7) y constitución de jueces o tribunales (8).

A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal (9) y su participación en el procedimiento (10).

[P. 329] Comentario

(1) El artículo 459 del C.P.P. distingue entre vicios absolutos y quebrantos al debido proceso, pero en realidad los quebrantos a dicho principio constituyen vicios absolutos. Los defectos absolutos tienen las siguientes características: a) pueden ser advertidos de oficio; b) el vicio puede ser alegado por cualquiera de las partes y no sólo por la interesada; c) no se requiere protesta previa del interesado y d) no se produce la convalidación del vicio (Véase: Sala Tercera, voto 86-2005 del 11-2-2005). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Sala Constitucional ha dicho que “en nuestro sistema de derecho procesal penal, ni siquiera las nulidades absolutas deben ser reconocidas si no representan una ventaja para el reconocimiento de derechos para las partes intervinientes, o sirven para salvar un error procesal que tiene repercusión directa en el proceso.” (Voto 3169-93 del 6-7-1993. En sentido similar: voto 3020-95. Sobre el tema véase: voto 984-2003 del 31-10-2003 de la Sala Tercera, Véase: Arts. 459 y 468 último párrafo del C.P.P., referentes a los recursos de apelación y casación, que admiten que pueden declararse de oficio los vicios constitutivos de vicios absolutos. Se trata ello de una limitación del principio de que la competencia del tribunal que conoce del recurso está limitada por los aspectos a los que se refieren los agravios. Sin embargo, para que pueda ser declarado de oficio por el Tribunal de Apelación de Sentencia o por la Sala Tercera se requiere que el recurso cumpla con los requisitos de admisibilidad.

(2) Cf. Art. 439 párrafo 2) C.P.P. Véase en general la lista de derechos del imputado establecida en el Art. 82 C.P.P. No se admite por ejemplo la sentencia condenatoria del imputado en rebeldía; el imputado tiene derecho de ser intimado de los cargos que se le atribuyen; tiene derecho de abstenerse de declarar; tiene derecho de declarar

cuantas veces quiera; tiene derecho de utilizar la palabra de último en el juicio oral y público; tiene derecho de traductor o intérprete.

(3) Cf. Art. 439 C.P.P. Todo imputado tiene derecho de tener una defensa técnica guiada por un abogado, ello desde el primer momento de la persecución penal (Art. 13 C.P.P.). Debe recordarse que el defensor cumple funciones de asistencia y representación del imputado (Véase el comentario al Art. 13 C.P.P.).

(4) Cf. Art. 439 C.P.P. Se hace referencia a la representación del imputado por el defensor (Así: Clariá. Tratado..., T. IV, pp. 318-320; Vázquez/Castro. Procedimiento..., T. I, pp. 380-381. En contra: Núñez. Código..., 2a. Edición, p. 151). Sobre ello véase la nota anterior y el comentario al Art. 13 C.P.P. De gran importancia tiene la participación del defensor en la recepción de la prueba anticipada (Arts. 293-294 C.P.P.).

(5) Se reconoce que las normas de la Constitución Política, del Derecho Internacional o del Derecho Comunitario son de aplicación directa, de modo que pueden establecer derechos del imputado aun cuando no hayan sido desarrollados en la legislación ordinaria. Véase el comentario al Art. 5 párrafo 1) C.P.P. Importante con respecto a las normas de la Constitución Política y del Derecho Internacional es la elaboración que sobre el debido proceso ha realizado la Sala Constitucional en numerosos fallos, especialmente el voto 1739-92 (En: Zúñiga. Jurisprudencia...).

(6) En contra de nuestro criterio, la doctrina generalmente circunscribe el concepto de "nombramiento" a la existencia de éste, no abarcando la aceptación del cargo por el juez y su juramentación, cuestiones que son ubicadas dentro del término "capacidad del juez" (Cf. Núñez. Código..., 2a. Edición, p. 149; Clariá Olmedo. Tratado..., T. IV, pp. 205-207). En este sentido la Sala Tercera dispuso en la sentencia 1477-97 del 23-12-1997 que la falta de juramentación de un juez nombrado por el órgano competente no vulnera el debido proceso, derecho de defensa ni juez natural, puesto que actúa de acuerdo con los postulados de la teoría del funcionario de hecho, admitida por la Sala Constitucional. Al hablarse de nombramiento no quedan comprendidas las disposiciones que establecen las condiciones exigidas para ser nombrado juez (Así: Núñez. Código..., 2a. Edición, pp. 148-149; Leone. Tratado..., T. I, p. 703; Manzini. Tratado..., T. III, p. 107; Castillo. Los vicios..., p. 343. En contra parecen pronunciarse: Vázquez/Castro. Procedimiento..., T. I, p. 379). Criticable es el voto 211-2000, ordenado por la Sala Tercera el 25-2-2000, en donde se indicó que no existía nulidad cuando el juez no había sido nombrado al momento de la sentencia, pero luego fue nombrado, estableciéndose el nombramiento de manera retroactiva. Se trata en realidad de una práctica problemática que ha existido en el Poder Judicial, en donde con frecuencia en los nombramientos interinos se procede a indicarle a una persona que se presente a laborar como juez y no es sino días después de que entró en

funciones que es nombrado, estableciéndose el nombramiento en forma retroactiva (Cf. Llobet Rodríguez. Proceso penal en la jurisprudencia, T. I, pp. 373-374). En el caso indicado debió decretarse la nulidad del fallo, ya que el juez no tenía nombramiento al momento en que dictó el fallo, por lo que no puede considerarse que fuese juez, no pudiendo ser subsanado ello posteriormente por un nombramiento retroactivo.

Se ha establecido, sin embargo, por la Sala Tercera que constituye un vicio absoluto el nombramiento de un juez que no cumple con el requisito legal de ser abogado (Voto 246-2000 del 3-3-2000).

(7) Dentro de la capacidad deben ubicarse las situaciones que inhabilitan físicamente a un juez para el conocimiento de la causa, por ejemplo, juez borracho, drogado, etc.

[P. 330] (8) Las disposiciones que tratan de la constitución de jueces y tribunales son las que establecen el número de integrantes del tribunal, la forma en que debe ser sustituido un miembro del tribunal, la intervención en la deliberación de los mismos jueces que participaron en la audiencia (Cf. Clariá Olmedo. Tratado..., T. IV, p. 207; Núñez. Código..., 2^a. Edición, pp. 149-150). En este sentido el Tribunal de Casación Penal en voto 38-F-99 consideró que debía decretarse de oficio la nulidad de la sentencia, cuando la misma fue dictada por un tribunal unipersonal, cuando correspondía serlo por uno colegiado. Las violaciones al principio del juez natural, tal y como se expuso en el comentario al Art. 3 C.P.P., forman parte del concepto de constitución de los tribunales, puesto que en forma arbitraria se estaría variando la competencia legal para conocer el asunto.

(9) Se trata de las normas que disciplinan el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, producto del principio acusatorio (Art. 16 C.P.P.). La principal consecuencia es la imposibilidad de que se realice un juicio oral sin acusación del Ministerio Público (o del querellante público). Normas que regulan la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción pública son, por ejemplo, la necesidad de que el Ministerio Público preste su conformidad para que proceda la aplicación del principio de oportunidad (Art. 22 párrafo 1) C.P.P.) o la conformidad del Ministerio Público para la aplicación del procedimiento abreviado (Art. 373 inciso b) C.P.P.). Se agrega a lo anterior la necesidad de que exista instancia para que pueda procederse a la persecución de los delitos perseguibles a instancia privada (Sobre el saneamiento del defecto: Art. 17 párrafo 2) C.P.P.).

La Sala Constitucional en voto 8889-2000 del 1-10-2000 resolvió que no se afecta el debido proceso, cuando el representante del MP fue nombrado por los mecanismos normales, pero no cumple con los requisitos legales para ser nombrado en su puesto, ello si ha ejercido el puesto de manera pública, pacífica, continua y normalmente apegada a derecho.

(10) Se trata de una norma más general que la anterior, de modo que todos los supuestos que estarían previstos en lo relativo a “la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal” están abarcados en el concepto de “participación en el procedimiento” de éste. En lo relativo a esta participación es importante mencionar que quedan comprendidos fundamentalmente los derechos de audiencia, prueba e impugnación del Ministerio Público.

Saneamiento

ARTÍCULO 179.- Saneamiento

Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio « a instancia del interesado (1).

Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos (2), salvo los casos expresamente previstos por este Código (3).

Comentario

(1) Importante es que aun los defectos absolutos deben ser saneados. La Sala Constitucional ha admitido que el vicio de falta de fundamentación de la prisión preventiva puede ser subsanado por el Tribunal de apelaciones (voto 2482-11). Uno de los grandes peligros es que se llegue, con base en ello, a sostener que los vicios de falta de fundamentación del Tribunal de Juicio pueden ser subsanados por el tribunal de apelaciones, ya que en tal supuesto se quebrantaría el derecho a recurrir la sentencia por parte del imputado, al no haber podido combatir esa fundamentación.

(2) Se trata de una de las innovaciones importantes que presenta la regulación de la actividad procesal defectuosa en el código de 1996, con respecto a la regulación del código de 1973. Explica Gilbert Armijo: “La nulidad como sanción impone un regreso al <status quo ante>. Así verificado el vicio, la anulación conlleva dimensionar los efectos del acto defectuoso... La actividad procesal defectuosa. En ésta, se parte de que quien contraviene o no observa una de las normas procesales, no comete un ilícito que amerite una sanción sino que lo que ocurre es que la acción en algunos casos será inválida y por ello no puede alcanzar su finalidad. Por ello, es entendible que, quien la alega, deba formular la necesaria protesta previa. Además, la posible invalidez del acto, por no haber sido saneado a tiempo, no implica necesariamente que el proceso se deba retrotraer a períodos ya precluidos..., salvo los casos expresamente señalados por la ley (Armijo. Actividad..., en: Reflexiones..., pp. 518-519). Por ejemplo un defecto de la declaración indagatoria del imputado dada durante el procedimiento

preparatorio o bien en el procedimiento intermedio no hace que el asunto que se encuentra en la etapa de juicio pueda retrotraerse a una etapa anterior (Cf. Binder. El incumplimiento..., pp. 99-100). Simplemente dicho defecto provocaría que no podría leerse en el juicio oral la declaración defectuosa del imputado dada en etapas anteriores del proceso aun cuando incurriere en contradicciones (Art. 343 párrafo 3) C.P.P.).

Con respecto a la prohibición de retrotraerse a etapas anteriores es importante el voto 141-2002 del 22-2-2002, ordenado por la Sala Tercera (Véase: Ureña. Actividad..., pp. 63-67), que luego fue rectificado por el voto 984-2003 de la misma (Consúltese: Ureña. Actividad..., p. 67. Véase lo que se indica con respecto a esos votos en el comentario al artículo 348 del C.P.P., nota 3). Una crítica al voto 984-2003 en: Campos Calderón. El "eficientismo"..., pp. 121-124. Véase también: Sala Tercera, voto 375-2005 del 6-5-2005.

[P. 331] Una excepción es la posibilidad que al resolverse el recurso de apelación de sentencia o de casación se ordene el reenvío (Arts. 465 y 473 del C.P.P.). Igualmente cuando se ordena el reenvío en el procedimiento de revisión de la sentencia (Art. 416 C.P.P) (Cf. Armijo. Actividad..., en: Reflexiones..., p. 532; Armijo. Actividad..., en Derecho..., p. 227). Es importante anotar que la prohibición de que el asunto se retrotraiga a etapas anteriores proviene del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 (Art. 228), que estableció expresamente dos supuestos en que era procedente devolver el asunto a una etapa anterior: a) el reenvío que se dispone en casación cuando se anula total o parcialmente la sentencia y b) los vicios de la acusación constatados por el tribunal del procedimiento intermedio. Sobre los vicios de la acusación véase el comentario al Art. 348 del C.P.P., nota 3.

En lo atinente al C.P.P. los vicios de la acusación constatados por el Tribunal del procedimiento intermedio deben ser corregidos en el mismo procedimiento, sin devolver el asunto al procedimiento preparatorio, ya que no existe norma expresa que autorice para esto último. Los vicios de la acusación en la etapa de juicio solamente pueden ser corregidos conforme a los supuestos mencionados en los artículos 347 y 348 del C.P.P. (Véase: Sala Tercera, voto 375-2005 del 6-5-2005). Estos artículos establecen límites al saneamiento del vicio, puesto que se trata de normas especiales con respecto al Art. 179 del C.P.P., de modo que solamente en los supuestos autorizados puede ampliarse o corregirse la acusación. No existe norma expresa en la etapa de juicio que autorice a dejar sin efecto la acusación, devolviendo el asunto al procedimiento preparatorio o intermedio.

JURISPRUDENCIA

1. Actividad Procesal Defectuosa, Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado y Prueba Espuria

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

Voto de mayoría:

“II. Se declara con lugar el recurso. De acuerdo con los hechos probados, los oficiales de la Fuerza Pública se apersonan al lugar donde observan a cinco sujetos -entre ellos estaba el imputado- y al acercarse a ellos, el encausado sale corriendo, y es detenido a unos veinte metros del lugar, localizándose en su cintura, un arma de fuego con el número de serie limado, de la cual no tenía permiso de portación (ver archivo digital c0001131010173446.vgz a partir de la secuencia 17:48:06). Como se puede establecer de la escucha de la plataforma fáctica y la fundamentación probatoria que se ubica a partir de la secuencia 17:51:04 del archivo digital c0001131010173446.vgz, contra el imputado no existía denuncia alguna o indicio que arrojará la alta probabilidad de que estaba cometiendo un delito o incurriendo en una conducta ilícita. El juzgador, para rechazar los argumentos de la defensa, acude a resoluciones que no se asemejan al caso concreto, en las cuales este Tribunal de apelación ha mantenido la validez de estas intervenciones policiales por la existencia de un indicio sobre la actividad ilícita en la que se encuentra la persona que es interpelada por la autoridad pública (ver archivo digital c0001131010180000.vgz a partir de la secuencia 18:07:35), y eso justifica la aprehensión de la persona y su requisa, todo lo cual es un acto confirmatorio y no un acto a través del cual puede "descubrirse" algún indicio para poder valorar si se debe aprehender al sujeto o no. Esto infringe el artículo 28 de la Constitución Política, el cual señala que *"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley..."*

Con base en esta disposición constitucional, no puede tolerarse la intervención de la Policía Administrativa a cada ciudadano sin que existan indicios que dirijan dicha acción, aunque tal actividad tenga resultados como el que se obtuvo en el presente asunto, donde le fue hallada un arma en la cintura al justiciable, sin que él tuviera permiso para portarla. Esta Cámara se ha pronunciado con anterioridad frente a este tipo de situaciones, señalando: *"...el Juez a quo fundamentó que el oficial ... afirmó que encontrándose en recorrido, observó que el imputado adoptó una actitud sospechosa porque donde vio la patrulla en la que él se encontraba trabajando, cruzó la calle y giró para devolverse y luego se introdujo a un local de autodecoración, comportamiento del encartado que lo hizo pensar que podía portar algo razón por la cual le solicitaron*

mostrar lo que portaba y también lo requisaron superficialmente. El Juez describió que dicho oficial declaró también que no habían recibido ninguna alerta ni llamaron a ningún testigo del lugar. El Juzgador también motivó que no era de recibo el argumento de la defensa en el sentido de que la detención fue ilegal porque no existía ninguna sospecha, pues en su criterio, la policía actuó correctamente sobre todo porque el encartado voluntariamente dijo donde portaba el arma...Esta Cámara de Apelación concluye, que la sentencia absolutoria impugnada, debe mantenerse incólume por el argumento que el Juez a quo rechazó y no por el que sirvió de base para su fallo. Efectivamente, al margen de la discusión sobre el funcionamiento del arma y su incidencia en el análisis de la antijuricidad material y la afectación al bien jurídico tutelado, durante el debate existió discusión por haber sido alegado por la defensa, acerca de la legitimidad del actuar policial. En este sentido fue incorrecto que el Juez rechazara el citado argumento, porque esa es la principal razón por la que en este caso la sentencia absolutoria debe mantenerse inalterable... Los abusos policiales no tienen cabida en ningún tipo de régimen y mucho menos en uno democrático. La Policía no puede requisar personas al azar o a su antojo so pretexto de una sospecha, pues ello es violatorio de derechos fundamentales como la libertad personal, la intimidad y la libertad de tránsito. Por eso, detener y requisar personas en vía pública, sea en retenes policiales o fuera de ellos, con base en una sospecha, son actuaciones que generan 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. Nuestros cuerpos policiales, por ignorancia actúan en contraposición a lo que la ley dispone y es probable que esa ignorancia de algunos oficiales de policía que actúan así, se deba a una mala instrucción por parte de asesores legales institucionales, jerarcas policiales y de los mismos representantes del Ministerio Público en su dirección funcional. 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 o pedirles que muestren lo que porten, si no hay indicio para ello. Si los oficiales de policía

únicamente observan que una persona cambia su rumbo, como ocurrió en ese caso, 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 o pedirle que muestre lo que porta, ya que eso trasciende la prevención y la seguridad, y se requiere de mayor fundamento para requisar, 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. 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 del imputado, constituyó un acto ilegal ineficaz 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, y por ende ante la ilicitud de la requisita y la detención del encartado, es ilícito todo lo posteriormente derivado de esos actos. En el presente caso, se tiene que lo único que originó que la policía abordara al imputado, para que le mostrara lo que portaba, fue que habían observado que el encartado cambió el rumbo que traía al percatarse de la presencia policial, cuando no existía ningún indicio para proceder a tal diligencia, pues no se sabía de qué era sospechoso, ni qué era lo que había que localizarse dentro de su bolso y de sus vestimentas. La ausencia del indicio o sospecha fundada o motivo suficiente, que generó la improcedencia de la intervención policial, radica en que lo único que se tenía era que el imputado había cambiado su rumbo al observar el vehículo policial, lo que de ninguna manera podía respaldar la actuación policial en los términos que se dio. En efecto, lo que se tenía es que el endilgado andaba caminando por la vía pública, giró y se devolvió y se introdujo a un local comercial. Como puede observarse, esta acción no constituye una ilicitud en sí misma, y por ello no se justificaba haberlo detenido y registrarlo pidiéndole que mostrara lo que portaba. 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, ya que no se puede poner a la prevención y a la seguridad por encima de los derechos fundamentales. En el Estado de Derecho, no se puede inquietar a una persona 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 en que el imputado fue observado, 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 desarrollaba el imputado, fuera de la acción de la ley, porque de hecho, no la infringía, el imputado no podía ser inquietado, ni perseguido 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 al imputado, ni haberlo requisado o pedido que mostrara lo que tenía. En el presente caso, la interpretación policial en el sentido de que era sospechoso, no tiene ningún fundamento porque no se sabe de qué es sospechoso ni cuál es el objeto que se espera encontrarle. Ante este panorama, la actuación policial es abiertamente ilegítima porque se realizó en contraposición a la normativa constitucional. Ahora bien, considerando que durante la intervención policial, se localizó un arma de fuego sin ninguna documentación, 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 o pidiéndoles que muestren lo que portan sin que exista un indicio comprobado, para verificar o descartar que posean armas de fuego sin documentación, pues el hecho de que ello se verifique y se decomise un arma de fuego en esas condiciones, no convalidaría la actuación policial. No puede justificarse que una arbitraria intromisión estatal a través de la policía, quede convalidada 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..."

(Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, resolución 2013-2650 de las 21:10 horas del 8 de noviembre de 2013. En el mismo sentido, ver resolución 2013-1639 de las 10:05 horas del 26 de julio de 2013). En este caso sucede algo semejante, pues el imputado es detenido cuando sale corriendo al ver a la policía administrativa, lo que provoca que sea detenido y luego de una revisión superficial, según el acta de decomiso número 119521-09 de folio 2, se le encuentra un arma de fuego que porta sin el respectivo permiso. Como se puede ver, en este caso la aprehensión no es confirmatoria de un indicio determinado, sino que se le detiene para ver qué le motiva a correr, sin que su acción -correr- infrinja norma alguna y, en consecuencia, la única solución que puede

tomarse es declarar la ilegalidad de la detención del imputado y todas las diligencias que de ella dependen, incluyendo el hallazgo del arma que a raíz de esta aprehensión le fue encontrada en su cintura, y los exámenes periciales de funcionamiento y la documentación expedida por el Ministerio de Seguridad Pública. Todo lo anterior se decreta con base en los artículos 28, 37 y 39 de la Constitución Política y los numerales 175 y 178 del Código Procesal Penal, en el tanto se infringieron derechos y garantías fundamentales de un ciudadano. Tomando en cuenta lo anterior, al haberse anulado todos los actos que dependen de la detención ilegal del encartado, la cual dio inicio a esta investigación, así como la prueba traída a la investigación a raíz de ella, no subsisten elementos probatorios que respalden la acusación planteada por el Ministerio Público, razón por la cual, se revoca parcialmente la sentencia, absolviéndose al imputado J de toda pena y responsabilidad por el delito de portación ilegal de arma permitida. En cuanto al comiso del arma y su destrucción, se mantiene incólume la sentencia.”

2. Actividad Procesal Defectuosa por Faltas al Principio de Juez Natural

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago]^{iv}
Voto de mayoría

“II. [...] **El reclamo es procedente.** Estima esta Cámara de Apelaciones que en el presente caso se violentó la normativa de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como la regulación estipulada en los artículos 1, 2 y 6 del Código Procesal Penal, concretamente, en virtud del quebrantamiento de los principios de objetividad e imparcialidad en la realización del juicio oral y público que precedió a la sentencia objeto de recurso. Lo anterior, en razón de que el Presidente del Tribunal de mérito, al decidir la re apertura a la publicidad del debate luego de escuchar la declaración de la ofendida y aun faltando prueba documental y testimonial por evacuar, tal como y como se colige del estudio del archivo digital en que se documentó el juicio, sea a partir de la secuencia que inicia a las 11:17:00 del 16/04/2013, fundamentó su decisión en tal sentido, con base en los siguientes argumentos: “(...) *debido a que ya pasamos lo que era la causal de **la ofendida abusada sexualmente que fue en su momento abusada cuando se supone tenía los la (sic.) minoría de edad** y los otros testigos son mayores de edad no hay ninguna causal y se va a proceder a solicitar que el imputado ingrese a la sala en este acto(...)*”. De lo expuesto, se colige como uno de los miembros del Tribunal Penal colegiado adelantó criterio en cuanto a la decisión del fondo del caso, a pesar de que no se había recibido la totalidad de la prueba testimonial y documental judicializada para su evacuación en el contradictorio, no se había agotado la fase de conclusiones, y tampoco, se había procedido con la deliberación que conforme a los artículos 360 y 361 del Código Procesal Penal, se tiene que llevar a cabo

en secreto por el órgano jurisdiccional colegiado al finalizar el debate, a efecto de tomar la decisión jurídica que corresponde al caso concreto como producto de la discusión y el criterio de los tres Juzgadores que participan en un juicio penal. Específicamente, en el *subjudice*, el Juez Miguel Acosta Granados dio por sentado y expresó de modo activo, afirmativo y concluyente al dar por finalizada la declaración de la ofendida, el criterio con base en el que desde ese momento había definido su decisión de fondo, conforme a lo *supra* apuntado. Lo anterior, se determina de manera clara y objetiva al identificar a la agraviada como a la “abusada sexualmente”, siendo que no solo le dio tal calificativo, sino que además, expresó de manera directa que la misma había sido abusada sexualmente –al indicar en el debate literalmente “la ofendida abusada sexualmente”- cuando se suponía que era menor de edad, siendo que es claro que su suposición recayó, única y exclusivamente, sobre la edad de la ofendida, mas no con respecto a la agresión sexual que dio por sentada que existió en su contra, antes de recibir el resto del elenco probatorio y dictar la sentencia conforme al procedimiento de ley. Así las cosas, esta Cámara de Apelaciones concluye que tal situación, afectó sin duda alguna la actitud crítica e imparcial que debe mantener el Juzgador durante la realización del debate, sin emitir pre juicio o criterio de fondo alguno hasta que no se haya finalizado el contradictorio, la deliberación y en sí, el dictado del fallo. En razón de lo expuesto, se considera que el recurrente lleva razón, siendo que del examen de la videograbación del juicio se establece que faltaba recabar prácticamente la totalidad de la prueba testimonial y documental aceptada para la fase plenaria, pues al momento en que emitió su criterio de fondo el Juez Acosta Granados, solo había rendido su testimonio la ofendida en la presente causa. Lo anterior, se traduce en que el Juzgador hizo visible de manera objetivamente constatable que había tomado su decisión, solamente, a partir o con base en la declaración de la agraviada en el debate, lo que implica la violación del principio de imparcialidad y objetividad, toda vez que evidenció que había fallado el asunto sin haber escuchado y apreciado de manera integral toda la prueba, así como sin haber cumplido y sin haberse culminado todos los procedimientos legalmente establecidos para la fase de juicio y el dictado de la sentencia, siendo necesario resaltar en tal sentido, que no se había cumplido con la fase de deliberación que debe llevar a cabo el Tribunal de Juicio de manera colegiada al finalizar el debate. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sus resoluciones 1739-92 y 3062-95 ha reconocido que el principio de imparcialidad y objetividad son elementos integrantes del debido proceso penal, situación que revela la esencialidad del vicio que se reclama por parte del imputado, y por tal motivo, que es causante de un agravio en su situación jurídico-penal, al extremo de que fue sentenciado a 15 años de cárcel por parte de un Tribunal Penal “desintegrado”, en virtud de la parcialización de uno de sus integrantes antes de deliberar en conjunto con los otros dos miembros del órgano jurisdiccional colegiado. Cabe agregar, que si bien la defensa técnica estuvo presente en el debate, y pudo haber interpuesto la incidencia correspondiente para recusar al Juzgador que adelantó

su criterio, y a pesar de ello no lo hizo, que esta Cámara de Apelaciones estima que la violación o el quebrantamiento de un derecho o garantía procesal fundamental no se convalida por la inacción de la parte a la que afecta, ya que se trata de un defecto absoluto conforme a lo establecido en los artículos 175 y 178 del Código Procesal Penal. En razón de lo expuesto, se estima que el Tribunal Penal que dictó la sentencia impugnada, no fue objetivo e imparcial, pues en realidad la decisión de fondo que se plasmó en el fallo de mérito no surgió de la efectiva tutela de los derechos y garantías que integran el debido proceso penal, siendo que el juicio oral y público en el presente caso consistió en realidad, en “un mero rito formal”, más que en la materialización de la garantía o derecho fundamental que constitucionalmente le corresponde y se reconoce a favor de toda persona imputada en un proceso penal. Así las cosas, lo procedente es declarar con lugar el recurso de apelación de sentencia interpuesto por el imputado J, por lo que se anula la sentencia y se ordena el reenvío de la causa para su nueva sustanciación. Por resultar innecesario se omite conocer los restantes reclamos planteados por la parte recurrente.”

3. Actividad Procesal Defectuosa y Efectos Jurídicos de los Actos

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^v

Voto de mayoría

“ÚNICO. El licenciado Quirós Vargas impugna la resolución que homologó el acuerdo conciliatorio a plazo, entre la justiciable L y el Colegio de Médicos y Cirujanos (folios 413 a 424). Aduce que la aplicación del instituto de la conciliación no era posible pues ya se había agotado la etapa procesal en la que legalmente era viable, y la resolución del Tribunal para solventar dicho obstáculo (declaró la existencia de un vicio que imposibilitó la solución alternativa en el momento oportuno, realizó la audiencia de conciliación y posteriormente homologó el acuerdo) tiene una fundamentación inadecuada. **Sobre la admisibilidad del recurso.** Lo primero es dilucidar si la resolución contra la que se interpuso el recurso es admisible. El artículo 458 del Código Procesal Penal dispone: "*Son apelables todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio y que resuelven los aspectos penales, civiles, incidentales y demás que la ley determina.*". En principio, la interpretación literal de la norma referida excluye la posibilidad de impugnar el pronunciamiento del Tribunal *a quo*, pues lo que se recurre es un auto, no una sentencia o sobreseimiento, y no se pone fin al procedimiento por lo que habría que esperar el término de un año y el dictado del sobreseimiento respectivo para verificar la legalidad del convenio. En la norma citada se manifiesta el principio de taxatividad impugnativa, respecto del cual la Sala Constitucional de la Corte se pronunció en una consulta de constitucionalidad que le hiciera la Sala Tercera. Indicó que las normas que regulan la admisibilidad objetiva de las impugnaciones no

son inconstitucionales en el tanto se interpreten admitiendo otros supuestos en atención al acceso a una justicia pronta. A pesar de que el fallo de ese Tribunal se dictó cuando el único medio de impugnación de las sentencias penales era el recurso de casación, el tema al que se aludió es el mismo. Indicó el Tribunal Constitucional: *"En este sentido, se ha señalado sobre el recurso de casación que no debe ser regulado, interpretado, o aplicado con criterio formalistas –los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, pues de lo contrario se viola la tutela judicial efectiva, consagrada por el artículo 41 constitucional. Además, el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es absolutamente claro e incondicionado en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir el fallo para ante un superior, lo cual –como se dijo con anterioridad– también se extiende a la víctima como sujeto del proceso penal, quien disfruta, en términos generales, de la posibilidad de recurrir aquellas resoluciones en que se desestima la causa penal o se dicta el sobreseimiento definitivo, en los términos en que se encuentra previsto por los artículos 71 inciso c), 282 párrafo 3º, 315 y 340 del Código Procesal Penal. Ese derecho es incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención, se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2º (sentencia Nº 282-90). VI.- Sobre los artículos 422 párrafo 1º y 444 del Código Procesal. De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores, procede analizar si las normas consultadas se adecuan o no al Derecho de la Constitución. Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia manifiesta que tales disposiciones obedecen al principio de impugnabilidad objetiva, del cual se desprende la línea jurisprudencial en el sentido de que la resolución que acoja la suspensión del proceso a prueba carece por completo de recurso de casación, en cuanto dicho auto no le pone término a la causa, en tanto queda abierta la posibilidad de las partes afectadas de cuestionar la resolución en que se ordena el sobreseimiento definitivo, luego de ser cumplido el término por el que se acordó la salida alternativa. Así, por ejemplo, en sentencia Nº0045-99 de las 09:35 hrs. de 15 de enero 1999, ese Organo Jurisdiccional consideró: 'En la especie, se observa que el Tribunal declaró inadmisibles la impugnación, aduciendo que la decisión recurrida carecía de recurso de casación... Ante ese proveído, la quejosa presentó una gestión mediante la que de nuevo solicitaba se tramitara el recurso...Sin embargo el Tribunal, interpretando aquella diligencia como*

un recurso de revocatoria, lo declaró sin lugar, aduciendo que la misma era extemporánea. Ahora bien la resolución impugnada consiste en un auto que acoge una solicitud de suspensión del proceso a prueba por un período de dos años... Es claro que aunque tal proveído fue dictado por el Tribunal de Juicio, no se trata -por su naturaleza- ni de una sentencia ni de un sobreseimiento, únicos dos supuestos en los que de acuerdo al principio de impugnabilidad objetiva, es posible interponer el recurso de casación (artículo 444 del Código Procesal Penal). Bajo estas consideraciones, el reclamo que ahora se formula es improcedente, pues el fallo contra el que dirigía la inconformidad de la gestionante, carece de recurso de casación. Es preciso anotar aquí, que la sentencia de sobreseimiento ordenada al vencimiento del plazo correspondiente al período de prueba dictada por el tribunal de juicio eventualmente puede ser impugnada en vía de casación (artículos 30 inciso j) y 444 ejúsdem). En consecuencia se declara sin lugar el reclamo'. Sin embargo en esta oportunidad ese Órgano solicita que la Sala Constitucional se pronuncie en relación con las normas aludidas, en el tanto, de ser procedente el recurso de casación, no se podrían declarar los vicios reclamados mientras no se venza el término de la suspensión del proceso a prueba, ni se haya dictado el sobreseimiento definitivo correspondiente, todo ello en detrimento de los principios de celeridad y libre acceso a la justicia. Tal argumentación, sin duda conduce a esta Sala a determinar que dichas normas no violan el Derecho de la Constitución, siempre que se interpreten, a la luz del artículo 41 de la Constitución Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que **también procede el recurso de casación a favor de la víctima contra el auto que ordene la suspensión del procedimiento a prueba. Lo anterior por cuanto, de admitirse una interpretación contraria a la que se expone en este pronunciamiento, en forma injustificada se obliga al recurrente –en este caso la víctima– a esperar el vencimiento del plazo por el cual se adoptó la medida alternativa a efecto de plantear los reclamos que estime pertinentes en defensa de sus derechos, vulnerándose en consecuencia su derecho a la justicia pronta y el principio de celeridad, cuando pudo requerir su revisión anticipadamente, en el momento oportuno. Nótese que lleva razón el Órgano Consultante cuando afirma respecto del imputado que: “resultaría inaceptable que luego de transcurrido ese término, y que el acusado haya cumplido con todas las condiciones impuestas, en sede de casación se llegue a determinar que –desde un inicio– la resolución que ordenó la aplicación del instituto alternativa incorporaba vicios de forma o fondo que la hacían improcedente (con todos los perjuicios que ello implicaría a las partes), siendo que ello pudo haberse definido sin necesidad de esperar el transcurso del referido plazo”.** Tales motivos obligan a este Tribunal Constitucional a interpretar los artículos 422 párrafo 1º y 444 del Código Procesal de la manera referida, a fin de admitir el recurso de casación por parte de la víctima contra el auto en que se ordena la suspensión del procedimiento a prueba, todo ello en estricto apego al Derecho de la Constitución" (destacado se suple, voto 8591-2002). La posición de la Sala Constitucional (vinculante según el artículo 13 de la Ley de la

Jurisdicción Constitucional), aunque se refiere a un procedimiento en el que se aplicó la suspensión del proceso a prueba, es evidente que comparte elementos con el procedimiento de conciliación, en el tanto los acuerdos estén sujetos a plazo . En criterio de esta Cámara, es admisible el recurso de apelación contra la resolución del Tribunal de Juicio que homologa una conciliación; pues además del principio de justicia pronta y celeridad referidos en la jurisprudencia constitucional, debe agregarse el de razonabilidad, en tanto estimar inadmisibile un recurso como el interpuesto, es obligar a las partes a esperar el cumplimiento del plazo para reclamar los vicios que pudiera contener el acuerdo conciliatorio. Al respecto, amén de los principios constitucionales citados, el análisis sistemático de las normas del Código Procesal Penal determina la admisibilidad formal del recurso. En los numerales que regulan la actividad procesal defectuosa (artículos 175 a 179) se dispone que quien conozca un vicio del procedimiento deberá protestarlo de inmediato y procurar su saneamiento, pues con el transcurso del tiempo el acto podría convalidarse y surtir efectos jurídicos . Entratándose de resoluciones, sus defectos se atacan a través del recurso correspondiente; en este caso, si la resolución que homologó la conciliación contiene alguno, no tiene sentido obligar a la parte a esperar el vencimiento del plazo, para reclamarlo, con el consecuente perjuicio para las partes, pues incluso pueden haber invertido tiempo y dinero en el cumplimiento de tales planes . E s decir , el acuerdo pese a que una de las partes estima contraría el ordenamiento jurídico, surtió efectos.[...]”

4. El Acto Nulo en el Código Procesal Penal y el Código de Procedimientos Penales

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

“IV. Por otra parte, también se hace alusión en el escrito a una actividad procesal defectuosa. Sin embargo, no refiere la gestionante ninguna situación concreta, que pudiera eventualmente evidenciar que este Despacho incurrió en algún error de procedimiento al resolver el recurso de casación planteado, por lo que más bien, se evidencia que lo único que se pretende, también mediante esta vía, es modificar la decisión de fondo adoptada. La actividad procesal defectuosa es un tema ligado al de las nulidades. Debemos recordar que antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996, el Código de Procedimientos Penales de 1973 se refería a las nulidades, para señalar que todos *“los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad”* (artículo 144). Bajo esa legislación se hacía la distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas, y la forma en que tales actos podían ser atacados, ser declarados ineficaces o ser subsanados (artículos 145 a 151). El Código Procesal Penal de 1996,

cambió la terminología y en lugar de hablar de nulidades, utiliza la denominación “actividad procesal defectuosa”. Como lo hace ver el jurista Gilbert Armijo, una diferencia sustancial entre el sistema implementado en el actual Código Procesal Penal y el anterior, se basa en que actualmente no existe una norma equivalente al artículo 150 del Código de Procedimientos Penales, que expresamente establecía que declarada la nulidad del acto, haría nulos los actos consecutivos que de él dependían, debiendo el tribunal indicar a que actos anteriores o contemporáneos alcanzaba la nulidad. Además cuando fuere necesario y posible, ordenaría la renovación o rectificación de los actos de la resolución anulada. La ausencia de una norma similar en el Código Procesal Penal, implica que el juez ya no tiene la obligación de dimensionar los efectos de la declaración de invalidez, diría que el acto no tiene validez, sin más consecuencias que la obligación para el tribunal de no tomarlo en consideración de ninguna manera. Este autor considera, que en el único caso en que sí debe el juez dimensionar a futuro la declaratoria de invalidez, es cuando se trata de los supuestos referentes a la intervención del imputado, defectos que deben ser saneados de oficio, si existe interés y se ha causado un perjuicio (Armijo Sancho, Gilbert. Actividad procesal defectuosa, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, 1996, p. 526). Otra diferencia importante entre ambos sistemas, consiste en la obligación de protesta previa, por parte de quien alega la posible invalidez del acto, con lo que se evita el estar retrayendo el proceso a etapas precluidas, salvo los casos expresamente establecidos en la ley. Excepto por las diferencias anotadas, tenemos que tanto el sistema de nulidades anterior, como el de actividad procesal defectuosa actual, conserva los mismos requisitos. El primer requisito, tanto para las nulidades como la actividad procesal defectuosa, es que están referidas a **actos procesales**. El artículo 144 del Código de Procedimientos Penales, prescribía que: “*Los **actos procesales** serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad*”. Por su parte el numeral 175 del Código Procesal Penal, estipula que: “*No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, **los actos** cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales*” (la negrita es suplida). El segundo aspecto en común, se refiere a los principios que rigen en esta materia, como el de especificidad, de trascendencia, el de instrumentalidad o finalista, el de convalidación y el de saneamiento. El principio de **especificidad**, significa que para que un acto sea declarado inválido o nulo, es preciso que exista una disposición legal que así lo ordene. La doctrina parte del supuesto de que los actos procesales son válidos en el tanto no sea cuestionados **por los medios que la ley establece** (artículo 437 del CPP). El principio de **trascendencia**, se puede resumir en la frase “*no hay nulidad sin perjuicio*”, pero además se requiere que el acto defectuoso no sea atribuible al recurrente, salvo el imputado cuando se lesionan disposiciones

constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación en el proceso (artículo 439 CPP). El principio **instrumentalista**, constituye un límite al saneamiento, pues no procede cuando el acto irregular no modifica, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados (artículo 177 párrafo final). El principio de **convalidación** o preclusión procesal, significa que el acto defectuoso se puede convalidar cuando la parte no haya solicitado oportunamente su subsanación, salvo defectos absolutos proclamados por la ley. El principio de **saneamiento**, está referido a que el Tribunal o el Ministerio Público, deben de oficio sanear los defectos que detecten en el proceso (artículo 15 CPP). Interesa resaltar, para los efectos de este caso, el **principio de especificidad**, que como ya vimos hace alusión a que los defectos, deben estar previstos en la ley, y solo pueden ser declarados a través de los **medios dispuestos en la norma legal**. Siendo que la impugnante en este caso está reclamando, a través de un escrito en el que solicita se declare actividad procesal defectuosa, y la consecuente anulación de la sentencia 2012-1835 de las 08:20 horas del 18 de setiembre de 2012, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Penal Juvenil, sección Primera, es oportuno citar el comentario que introduce al artículo 437, el profesor Javier Llobet Rodríguez, en su libro *Proceso Penal Comentado*, cuando explica que: *“A través de los recursos se combaten las resoluciones judiciales y no propiamente los actos procesales, (...) por ejemplo la práctica de un allanamiento que se estima ilegal, ya que no existió orden judicial, no estándose ante ninguno de los supuestos en que se autoriza prescindir de la orden judicial (art. 197). En ese supuesto lo que corresponde es presentar un incidente de actividad procesal defectuosa. A pesar de lo anterior, se admite en general por la doctrina, que al presentarse un recurso en contra de una resolución judicial se impugne un acto defectuoso, en la medida en que la resolución descansa en ese acto”* (Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, pp. 613 y 614). Como vimos atrás la actividad procesal defectuosa está referida a actos procesales, y como ya lo expusimos, la forma de atacar los actos procesales defectuosos, puede hacerse a través de incidentes, y si el acto viciado ha sido base para dictar una resolución jurisdiccional, la forma es a través de los medios permitidos por la ley para atacar las resoluciones. Puesto que el artículo 437 del CPP, no permite otra forma de atacar las resoluciones que no sea a través de los medios y en los casos que la ley establece: *“Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos”*, tenemos que determinar cuáles son esos medios y cuáles los casos expresamente previstos. Sobre esto, según el libro III del Código Procesal, no cabe ninguna duda de que los únicos medios para atacar una resolución es a través de los **recursos**, como se infiere del artículo 438 del CPP. Recursos que están taxativamente dispuestos por el legislador a partir del artículo 449 y que son únicamente el recurso de revocatoria, el de apelación, el de apelación de sentencia y el de casación, y en donde se determina contra cuáles resoluciones es posible interponer dichos recursos. En el caso que nos ocupa, la impugnante indica que

existe una actividad procesal defectuosa dentro de la resolución dictada por esta Cámara, que consiste en haber resuelto el recuso de casación interpuesto por su abogado, sin que este Tribunal contara con la competencia para ello, en su criterio, sino que le correspondía a la Sala Tercera. Sin embargo, tampoco el incidente de actividad procesal defectuosa, como medio de impugnación escogido, resulta procedente porque el supuesto acto viciado forma parte de la resolución que está atacando, es decir, su impugnación es propiamente contra la resolución dictada por este Tribunal de Apelaciones de Sentencia que declaró sin lugar su recurso de casación, y como ya se indicó él único medio legalmente admitido para atacar las resoluciones son los recursos, y cuyos requisitos de admisibilidad están fijados por la ley. A tenor de lo dispuesto, se rechaza por improcedente la actividad procesal defectuosa, que presenta la señora M contra la resolución 2012-1835 de las a las 8:20 horas del 18 de setiembre de 2012, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Sección Primera.”

5. Análisis del Artículo 175 del Código Procesal Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{vii}

Voto de mayoría

“ÚNICO. Se interpone incidente de actividad procesal defectuosa, en contra de la resolución dictada por este Despacho, decisión de las diez horas diez minutos del veintiuno de marzo de dos mil doce. Sostiene el quejoso que al declararse inadmisibile el recurso de revisión, formulado por su patrocinado, se hizo una interpretación restrictiva de los derechos del mismo, violándose el debido proceso, pues no existe legislación que permita a este Tribunal denegar la solicitud de revisión planteada. **Sin lugar la actividad procesal defectuosa.** La previsión legal del artículo 175 del Código Procesal Penal que tutela el debido proceso y como parte de éste el derecho de defensa del imputado -en este caso del condenado- de acceder a resoluciones judiciales conformes con la ley, la Constitución Política (sic) y el Derecho Internacional o Comunitario, exige de manera ineludible que la formalidad que se reclame como inobservada o erróneamente realizada produzca un agravio cierto y efectivo a los intereses del petente. Esto no ha sucedido en el caso bajo examen, en donde no ha existido ningún quebranto a la ley procesal penal ni a los instrumentos internacionales relacionados con la materia, antes bien, en forma clara y reiterada se ha indicado al gestionante el motivo de la inadmisibilidad del recurso de revisión intentado ante esta sede y que encuentra fundamento en la disposición legal del Transitorio III de la Ley 8837 llamada *"Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal"* que establece, en lo que interesa: *"En todos los asuntos que*

tengan sentencia firme al momento de entrar en vigencia la presente Ley, y que se haya alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, el condenado tendrá derecho a interponer, por única vez, durante los primeros seis meses, procedimiento de revisión que se conocerá conforme a las competencias establecidas en esta Ley, por los antiguos Tribunales de Casación o la Sala Tercera Penal..."

La sentencia condenatoria dictada contra el sentenciado L adquirió firmeza mediante resolución de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de abril de dos mil once (folios 191 a 201), de manera que para la fecha en que se intentó el recurso de revisión ante este Tribunal, a saber el 29 de febrero de 2012 (folio 211), a pesar de encontrarse dentro del plazo legal establecido a partir de la vigencia de la Ley 8837, incumple con el requisito formal de que se hubiera alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece: *"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

No existe controversia sobre la ausencia de tal alegato en la tramitación del presente asunto, con anterioridad a la firmeza del fallo condenatorio que se impugna, por lo que en atención a las exigencias legales establecidas para el trámite del recurso de revisión ante este Tribunal de Apelación, la resolución sobre la que se formula actividad procesal defectuosa se encuentra ajustada a Derecho. En la resolución recurrida tampoco se observa vulneración a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el tanto precisamente la Ley 8837 vino a darle contenido legal a las exigencias de la misma, sin que se haya coartado o limitado al condenado la posibilidad de recurrir el fallo mediante el recurso extraordinario de revisión, conforme con el artículo 408 del Código Procesal Penal, en todos los demás casos de sentencias condenatorias firmes que se encuentren fuera de la hipótesis que señala el mencionado Transitorio III de la Ley 8837."

6. Artículo 175 del Código Procesal Penal y Revisión de Oficio

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

"III. El recurso de la defensa debe acogerse por las razones que se dirán. De conformidad con lo establecido en el numeral 459 en relación con el artículo 175 incisos a) y b) del Código Procesal Penal, compete a este Tribunal hacer una revisión integral de lo resuelto, aún de oficio si involucra derechos fundamentales. En tal labor, se estima que la sentencia debe ser anulada en su totalidad, y no solo en cuanto a la

calificación jurídica o la pena impuesta, tanto por las razones que invocan los defensores públicos (y acepta el Fiscal) como por la infracción al principio de imparcialidad. **A)** En cuanto a esto último, nótese que el juez que dictó la sentencia oral lo fue el licenciado David Hernández Suárez (folio 30 y DVD) quien fue el mismo juzgador que, días antes, había dictado la prisión preventiva del encartado (ver folios 19-20) ocasión en la que indicó: *"...un juez debe verificar que los elementos que aporta el Ministerio Público, efectivamente, vinculan en un juicio de probabilidad o en una valoración de probabilidad, la persona con el hecho que se está investigando, y bueno, ya los elementos los ha citado la representante del Ministerio Público, hay una denuncia del ofendido, quien luego de que fue intervenido quirúrgicamente le dan permiso para que venga a poner la denuncia y luego regrese al hospital para que lo sigan tratando del problema que sufrió en una de sus manos en virtud de un disparo que recibió. Por otro lado, hay oficiales de la Fuerza Pública que se dedicaron a hacer el cumplimiento respectivo y lograron detener así, junto con dos testigos que habían participado en este asunto, la detención del imputado. También hay donde estos policías pues también narran lo que ellos realizaron, y los testigos incluso, que casi no es normal que el Ministerio Público los grabe pero si los entreviste, pero esta vez el Ministerio Público ha procedido a entrevistarlos y tiene grabadas las deposiciones de cada uno. **Todos estos elementos que hay ahí pues evidentemente vinculan a don F. con los hechos que aquí se están investigando.** El otro asunto, están relacionados, bueno ya están los elementos o los indicios suficientes que puedan vincular a una persona con un hecho delictivo, pero eso no es suficiente, sino que la ley exige que por lo menos se den alguno de los peligros procesales que exige la ley. La representante del Ministerio Público ha indicado que de conformidad con el artículo 240, inciso d, este, del Código Procesal Penal el legislador ha previsto que el Juez pueda valorar la gravedad de la pena en virtud de que esta persona pueda estar expuesta a una sanción considerable de años de prisión decida evadir la acción de la justicia y deja el proceso abandonado. En este sentido también ha indicado el Ministerio Público que es necesario también valorar los daños que se causaron conforme lo establece el artículo 240, inciso c, en virtud de que, bueno, no solo está expuesto a una pena mínima de 25 años de prisión sino que también puede rondar y extenderse hasta los 50 años de prisión, y además de esto los daños causados, ha considerado el Ministerio Público pues han sido de suma gravedad, no solo porque puso en peligro la vida del ofendido y que hasta el momento parece que al extraerle la bala no complicó más la situación de él, pero ha considerado que el hecho que utilizara un arma de fuego en un momento en que hay más gente en la vía pública, ya que se trata de una hora de salida de los trabajos, esto pues genera toda una serie de situaciones que no solo puso en peligro la vida del ofendido sino de otra gente que también transitara por el lugar, pero además de eso, ha citado la representante del Ministerio Público que el legislador introdujo una reforma al Código Procesal Penal, donde se metió el artículo 239 bis, que dice que además de confrontar o de concretarse los peligros mencionados también puede*

tomarse en cuenta por parte del Juez que se considere que en aquellos delitos contra la vida o la integridad física de una persona o en los delitos cometidos en flagrancia se pueda aplicar la prisión preventiva. La defensa dice que no, que en este caso ha solicitado al libertad de don F. por considerar que, bueno, de toda la identificación que acaba de realizar el señor Juez en esta audiencia se establece que don F. pues tiene un domicilio fijo, vive con sus padres en la [...], diagonal a ese colegio como se indicó, y que además tiene un arraigo laboral, que también ha manifestado aquí don F., por lo tanto también considera que la prisión preventiva pues es la medida más gravosa que tiene el Código y que debe ser la última ratio, es decir, que el Juez sea lo último que utilice para mantener sujeta a una persona al proceso. Esto es lo que ha pasado acá y eso es lo que tenemos que resolver. Bueno, esta autoridad, analizando precisamente los hechos que se vienen atribuyendo a don F. y además luego de haber escuchado los argumentos del Ministerio Público considera, este, hay que, efectivamente, el hecho de que ahora don F. se este dando cuenta, porque la fiscal se lo ha dicho, que se esta exponiendo a una sanción entre 25 a 50 años de prisión, es evidente que esto puede provocar en la mente de don F. de tratar de evadir la acción de la justicia, y es las cosas están dadas para que esto suceda, porque, porque, don F. es soltero, don F. trabaja con su papá, según si hay carros o no hay carros, resulta que vive con sus padres, no tiene ninguna obligación, sus padres precisamente han venido satisfaciendo todas las necesidades que tiene don F. en la casa, además de eso don F. explica que labora con su padre y tampoco esto representa una condición suficiente para que don F. se mantenga interesado de estar en ese lugar, todo lo contrario, la situación personal que ahora presenta don F. es que es un muchacho sumamente joven, un muchacho que, incluso, no solo puede irse a algún otro lugar de este país sino puede salir del país, tratando de evadir la acción de la justicia, y esto motivado precisamente por la alta pena a que puede verse expuesto. Además de ello no podemos ignorar que además de esto, evidentemente, **es un hecho muy grave, se atentó contra la vida de una persona, se le puso en peligro, recibió un disparo en el pecho**, y que efectivamente eso es lo que establece el artículo 239 bis en el inciso primero, y por otro lado, pues, también es claro que ya este Tribunal se ha declarado competente para conocer de estos hechos, y que este delito es considerado un delito cometido en flagrancia. Así las cosas, para evitar que la administración de justicia sea burlada en este proceso se impone acoger la petición de la representante del Ministerio Público e imponerle la prisión preventiva por 15 días a don F.. ¿Por qué este Juez no utiliza las medidas alternas que ha solicitado la representante del Ministerio Público? (sic) como la que ofreció que el imputado se presente a firmar cada 2 días, bueno, precisamente no se acoge porque evidentemente los hechos y los fundamentos que he dado pues no me pueden llevar a pensar que don F. vaya a cumplir con esta medida que es presentarse a firmar cada 2 días en el Tribunal. Así las cosas se le impone a don F. los 15 días de prisión solicitados por la representante del Ministerio Público..."

(el énfasis es suplido; cfr.: audiencia del 08 de marzo de 2012, secuencia de las 23:20:06 a las 23:29:14, cámara 1). Es decir, el juez al analizar los presupuestos para el dictado de la medida cautelar, valoró toda la prueba y adelantó criterio sobre los hechos al establecer la probabilidad de que se hubiesen dado y los hubiera realizado el encartado, lo que es motivo suficiente para decretar dicha nulidad pues, en tales condiciones, no era pensable que, al intervenir en sentencia, tuviese una posición diferente. Las frases destacadas constituyen un adelanto de criterio de parte del juzgador quien presupone la responsabilidad del encartado y que, por esta, huirá del proceso. Ese adelanto de criterio con motivo de sus funciones como juez de la audiencia inicial hacía que dicho juez se hubiese inhibido de participar en la siguiente audiencia de juicio (que concluyó en proceso abreviado). Ha de recordarse que el elenco de causales establecidas en el artículo 55 del Código Procesal Penal no es taxativo como, en forma reiterada, lo ha indicado la Sala Constitucional: voto N° 4727-98 entre otros. En sentido similar pueden consultarse, de este Tribunal, los votos N° 916-2007 y N° 738-2007, así como el voto N° 2006-1182 de las 15:15 hrs. del 20 de noviembre de 2006 emitido por la Sala Tercera que señala: *"No es posible hablar de justicia sin un juez imparcial, de allí que esa característica está ligada de manera inexorable al poder de juzgar en cualquier Estado de Derecho. Pero, ¿qué se entiende por imparcialidad? El Diccionario de la Real Academia Española define el término como "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud." Ya Goldschmidt había advertido que "la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez" (Goldschmidt, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. Revista de Derecho Procesal, 1950, p. 187) Asimismo, se habla de la imparcialidad como "una posición orgánica o estructural de un juez o tribunal, pero sobre todo y ante todo la imparcialidad es una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud, que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte. [...] la idea de imparcialidad está directamente conectada con la imagen de la institución y, por tanto, con la idea de legitimidad de la justicia en general y del Estado en particular." (Jiménez Asensio, Rafael. Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial. Editorial Aranzadi, España. 2002. p. 71-72). Lo que se pretende es que el juzgador pueda garantizar un dictado objetivo acerca de determinado caso, lo que hace que su decisión sea confiable por estar libre de prejuicios no sólo con relación al objeto del proceso, sino a las partes que lo integran. Si bien es cierto, la absoluta neutralidad es algo inalcanzable (en palabras de Ferrajoli, "en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio" (Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 57), la legislación otorga a las partes herramientas para garantizar al máximo un juicio objetivo e imparcial, mediante instrumentos jurídicos tales como la excusa y recusación. La jurisprudencia tanto internacional como nacional, ha reconocido que el término imparcialidad posee dos dimensiones, distinción que ha sido reconocida también por la doctrina: una de carácter subjetivo y otra de*

carácter objetivo. Recientemente, esta Sala de Casación se ha referido en cuanto al tema de la siguiente forma: “Doctrinariamente, se ha distinguido entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva del juzgador, criterio que ha desarrollado con amplitud el Tribunal Constitucional Español, quien reconoce la imparcialidad subjetiva como una garantía de que “...el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes” mientras que la imparcialidad objetiva se refiere “al objeto del proceso, asegurando que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi*, y, por tanto, que se acerca al objeto mismo sin prevenciones en su ánimo.”, (Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.. Colombia, 2004. p. 111).” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2006-00451 de las 11:50 horas del 19 de mayo de 2006). Tales aspectos que han sido adoptados por la doctrina y recogida por diferentes Tribunales, tuvo su origen en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en el caso “Piersack vs Bélgica”, en el año 1982, en el que se dictaron estas afirmaciones de carácter general: “a) La imparcialidad se define “por ausencia de prejuicios o parcialidades”; b) Pueden distinguirse en ella dos supuestos: 1) Subjetivo, “que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto”, y 2) Objetivo, que “se refiere a si éste (el juez) ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”; c) Porque “en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia”; “todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer de esa causa. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.” Aunque tales lineamientos han sido criticados por cierto sector de la doctrina, alegando que se trata de una definición redundante (ver Montero Aroca, Juan. Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 44), lo cierto es que “esta doctrina del caso Piersack, que retornaba una vez más sobre la nota de la confianza que deben tener los ciudadanos en los tribunales, y que se asentaba además en los temores de parcialidad que pudiese ofrecer esa composición del tribunal al justiciable, será matizada, en cierta medida, por pronunciamientos posteriores del Tribunal.” (Jiménez Asensio, Rafael. Ibid. p.p. 192). Así, podemos ver por ejemplo, que no sólo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue ahondando sobre el tema en casos posteriores (Casos Portier vs Holanda en agosto de 1993; caso Saraiva de Carvalho vs Portugal en abril de 1994), sino que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado los criterios expuestos desde aquella ocasión en el caso Piersack, en casos recientes y de trascendental importancia para nuestro país, tal y como resulta ser el caso Mauricio Ulloa vs Costa Rica. En esta oportunidad la Corte se refiere al tema según lo abordó el Tribunal Europeo e indicó: “La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe

ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia.” (El subrayado no es del original). Si bien nuestra jurisprudencia, tanto constitucional como la emanada de este Tribunal de Casación ya habían girado lineamientos acerca de la imparcialidad del juzgador, ello ha sido objeto de un análisis más profundo luego de esta sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mauricio Ulloa vs Costa Rica*. **Casos como la figura de un juez que conoce en etapa preparatoria o intermedia y luego conoce en etapa de juicio; los jueces que aprueban un procedimiento abreviado y luego conocen la causa con el resto de los imputados; el mismo Tribunal conociendo de la misma causa en reenvío, etc. se han resuelto determinando caso por caso cuál es la sospecha de parcialidad que cubre al juzgador, sin establecer lineamientos generales para todos los casos.** Por ejemplo, la sentencia 11596-01 dictada por la Sala Constitucional a las 9:05 horas del 9 de noviembre del 2001, siguiendo esta misma línea de los tribunales europeos, señala que la imparcialidad del juzgador debe verse desde un punto de vista subjetivo y otro objetivo: “Ahora bien, si la finalidad de todo esto es hacer posible un proceso justo y equitativo, libre de arbitrariedades y del despotismo del poder, que proteja los derechos y libertades de los individuos, entonces la garantía de igualdad, el derecho de defensa y, su corolario, del derecho de audiencia, resultan ser institutos que se implican y se complementan mutuamente. Si, por otra parte, se toma en consideración que el derecho de los justiciables a recibir un juicio equitativo no puede existir, en la práctica, sin que a la sazón se asegure que la causa sea vista por un Tribunal –entendido en sentido amplio– independiente, imparcial y establecido por la Ley, entonces se colige que asegurar la imparcialidad del juzgador es en una condición sine qua non para la actuación del debido proceso, en sus notas del derecho de defensa y del derecho de audiencia. En efecto, piénsese, por ejemplo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material: debe ser ejercido de hecho, plena y eficazmente, todo lo cual entraña que las partes puedan hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar respeto –especialmente en sede penal, aunque también con vigencia en los procesos administrativos sancionatorios– al imputado y a su defensor, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan. Si el juzgador no se encuentra objetiva y subjetivamente en una posición equidistante con respecto a las partes en el litigio, la eficacia material del derecho de defensa podría resultar seriamente minada, por no decir anulada del todo.” Por otra parte, esta Sala ha puntualizado que, precisamente por la importancia que reviste la garantía de imparcialidad, las causales

de excusa y recusación no puedan ser consideradas como una lista taxativa, pues basta con que se encuentre un juez bajo sospecha de parcialidad para separarlo del conocimiento de un determinado asunto: “La garantía de imparcialidad del juzgador es un pilar esencial del proceso, porque es parte del principio del juez natural, base indispensable para el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva, al debido proceso y, fundamentalmente, para la garantía del derecho de defensa -numerales 39, 41 y 166 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por ello, tanto la jurisprudencia de esta Sala como de la instancia constitucional, han sostenido reiteradamente que las causales de excusa y recusación de un juez que la ley enuncia, no son supuestos taxativos, pues la garantía es de tal relevancia, que ante la sospecha de que el juez esté, de alguna manera contaminado con los hechos, por conocerlos, o por conocer a las partes y tener algún ligamen importante con ellos que afecte su pureza de criterio frente al caso, se impone separarlo del conocimiento del asunto, en garantía de que quienes emitirán la decisión arriban a su convencimiento únicamente como resultado de haberse formado su opinión en el juicio, donde se supone que adquirieron el conocimiento originario del material fáctico y probatorio sobre el que basarán su decisión (cfr. entre otras, números 1336- 99 de las 9:40 horas del 22 y 1366-99 de las 10:35 horas del 29, ambas fechas del mes de octubre de 1999, números 340-00 y 342-00, de las 10:10 y 10:20 horas del 31 de marzo de 2000; número 934-03, de las 9:30 horas del 24 de octubre de 2003, número 489-04, de las 11:12 horas del 14 de mayo y número 945-04, de las 16:40 horas del 6 de agosto, ambas de 2004, y número 256-05 de las 8:45 horas del 8 de abril último y que cita el impugnante, todas de esta Sala y, entre otras, número 7531- 97 de las 15:45 horas del 12 de octubre de 1997 y número 4727-98 de las 9:27 horas del 3 de julio de 1998 de la Sala Constitucional). **La trascendencia del principio impide considerar que la anuencia de las partes o la falta de reclamo oportuno estaría en condiciones de convalidar el defecto, pues se trata de uno de carácter estructural y que afecta la legitimidad misma de la intervención del estado y del ejercicio del poder penal concretado en la sentencia”** (Resolución 1034-05 de las 10:45 horas del 9 de setiembre de 2005). Teniendo como plataforma las consideraciones emitidas en el fallo dictado por la Corte Interamericana, esta Sala advirtió. “En particular, interesa destacar el tema de la imparcialidad que es exigible a todos los Tribunales de Justicia cuando conocen alguna causa y que en esa materia hasta las apariencias cuentan. A juicio de esta Sala, queda claro que el artículo 8.1 del pacto internacional de comentario exige a los Estados-Parte el respeto en todo momento de la garantía de la imparcialidad judicial. Así, **toda vez que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de una causa, no la podrá volver a conocer.** Tratándose de los órganos de casación, que realizan un juicio sobre el juicio efectuado por el Tribunal que conoció el mérito de la causa (es decir, lo que se controla es la decisión del a quo en todos sus extremos), ese pronunciamiento de fondo consiste en la solución de los aspectos sustantivos y procesales alegados en los recursos, salvo aquello referido a formalidades

(como falta de firma, extemporaneidad, cómputo de plazos, etc.). La situación varía en el caso de los Tribunales de Juicio, ya que para estos, pronunciarse el fondo implica conocer el mérito de la causa, es decir, sirviéndose de las disposiciones procesales y sobre la base de la acusación o la querrela, estos órganos determinan un cuadro fáctico, lo examinan desde el Derecho e indican las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé para el imputado y las demás partes. Como se puede apreciar, la decisión por el fondo de una causa judicial contempla, entre otras cosas, el pronunciamiento relativo a las consecuencias jurídicas de lo que se tenga por demostrado, lo que abarca la absolución o la condena, la determinación de la pena, la declaración de responsabilidad civil, el comiso, etc. Así, conforme a los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la imparcialidad judicial debe garantizarse incluso en lo relativo a la fijación de la pena y esto, según lo indicado en el caso Herrera Ulloa, obliga a que quien conoció por el fondo el asunto una vez, no pueda conocerlo en una segunda ocasión. (...) Así, en la actualidad, tal como se ha expuesto desde que esta Sala dictó las sentencias N° 2005-00475 de las 16:50 horas del 24 de mayo de 2005 y N° 2005- 00482 de las 8:55 horas del 25 de mayo de 2005, considerando además el punto a la luz de lo establecido en el fallo internacional mencionado, es imposible sostener el criterio anterior, el cual resulta contrario a los alcances del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como fueron definidos por la Corte Interamericana en la resolución de comentario." (Resolución 2005-01079 de las 9:55 horas del 14 de setiembre de 2005). Existe un común denominador entre la jurisprudencia de la Sala Constitucional como de la misma Sala Tercera, y este consiste en que **la determinación de las circunstancias por las cuales un juez puede hallarse bajo sospecha de parcialidad, debe realizarse caso por caso**, pues esa será la única forma de establecer cuáles son las razones que pueden afectar su juicio o cuales no representan prejuicio alguno en una eventual resolución" (el destacado es suplido). Es claro, entonces, que los Tribunales, al momento de emitir sentencia, deben ser cuidadosos en verificar si han tenido alguna intervención anterior en la causa y, de ser así, ponderar si, por haber valorado la prueba o por las manifestaciones que vertieron, pudieron o no haber comprometido el principio de imparcialidad pues, de haber sucedido, están obligados a inhibirse, al margen de los roles de trabajo que se tengan, los cuales nunca pueden tener mayor importancia que principios constitucionales. Es cierto que el numeral 427 del Código Procesal Penal obliga a que un mismo juez decida su competencia, las medidas cautelares, las alternativas al juicio y hasta celebre el debate, pero dicha norma no puede leerse aisladamente del contexto constitucional y de Derecho Internacional a que se ha hecho mención y así lo han entendido los Tribunales de Flagrancia que, en la práctica, escinden esa labor en dos audiencias: una para analizar medidas cautelares y alternas y otra para la realización del debate. Lamentablemente no han tenido el mismo cuidado entratándose del proceso abreviado pues, incorrectamente pareciera que asumen que éste es "otra medida alterna más" cuando lo cierto es que implica la

emisión de una sentencia que debe respetar las normas y principios constitucionales para su validez y eficacia. Por ello, si en este caso el juez decidió una medida cautelar y, al hacerlo, valoró la prueba y estableció una probabilidad de comisión del delito por el encartado, no podía dictar sentencia válidamente, por haberse afectado su imparcialidad.”

7. La Actividad Procesal Defectuosa como un Medio para Atacar Actos Procesales

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

Voto de mayoría:

“III. SE RESUELVE: La actividad procesal defectuosa es un tema ligado al tema de las nulidades. Debemos recordar que antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996, el Código de Procedimientos Penales de 1973 se refería a las nulidades, para señalar que todos *“los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad”* (artículo 144). Bajo esa legislación se hacía la distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas, y la forma en que tales actos podían ser atacados, ser declarados ineficaces o ser subsanados (artículos 145 a 151). El Código Procesal Penal de 1996, cambió la terminología y en lugar de hablar de nulidades, utiliza la denominación “actividad procesal defectuosa”. Esta nueva legislación tiene su origen en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988, que en su exposición de motivos indica: *“... lo que la legislación pretende, rectamente interpretada, es que la nulidad opere solamente por vía de impugnación de las decisiones judiciales fundadas en actos viciados. La práctica, en cambio, ha tergiversado ordinariamente este sistema, permitiendo el examen reiterado y continuo acerca de la forma en que son llevados a cabo los actos procesales y de sus presupuestos, con absoluta prescindencia del efecto y del agravio que producen la desviación formal. El código pretende rescatar el principio ordinario estableciendo con claridad que el vicio sólo adquiere relevancia cuando opera como supuesto o fundamento de una decisión perjudicial, caso en el cual lo impugnado es la decisión, por haber utilizado un acto defectuoso, y no el acto en sí mismo...en lo demás se distingue entre vicios subsanables e insubsanables...”* (Citado por Ureña Salazar, Joaquín. La Actividad Procesal Defectuosa y Proceso Penal. Editorial Jurídica Continental, 2004, p. 27). Sin embargo, aunque ese fue el propósito del Código Modelo para Iberoamérica, y aunque así se encontraba redactado el proyecto original, nuestro legislador, por razones ignoradas, suprimió del artículo 175 del proyecto, los dos últimos párrafos que contenían la referencia a la forma en que se impugnarían la inobservancia de las formas procesales, que era mediante la impugnación de las decisiones que causen gravamen con fundamento en el defecto. Al respecto señala José Joaquín Ureña: *“En nuestro criterio, el Código Procesal Penal de 1996 no logró*

*captar la esencia del sistema de nulidades formulado en el Proyecto Modelo para Iberoamérica bajo la nueva terminología. En efecto, el articulado suprimió toda referencia a los medios de impugnación como forma de reclamar las violaciones a los requisitos de los actos procesales. Es decir, se copió el artículo 225 del Código Modelo quitándole los párrafos segundo y tercero, que hacen referencia al punto medular de los recursos como medio de impugnar las decisiones judiciales que tomen en cuenta actos violatorios de las formas procesales. Los párrafos segundo y tercero del art. 225 son de tal trascendencia, que la omisión de su copia desnaturaliza el sistema ideado por MAIER e inspirado en la legislación alemana. Probablemente los redactores del documento que finalmente se aprobó a golpe de tambor en la Asamblea Legislativa, estimaron que nada tenía que ver una norma sobre los recursos dentro del tema de la actividad procesal defectuosa, la cual asociaban con la nulidad. Sin embargo, sin esos dos párrafos lo que tenemos es el mismo sistema de nulidades anterior con un mero cambio terminológico” (Ureña Salazar, op. cit. pp. 28 y 29). No obstante, como lo hace ver Gilbert Armijo, una diferencia sustancial entre el sistema implementado en el actual Código Procesal Penal y el anterior, se basa en que actualmente no existe una norma equivalente al artículo 150 del Código de Procedimientos Penales, que expresamente establecía que declarada la nulidad del acto, haría nulos los actos consecutivos que de él dependían, debiendo el tribunal indicar a que actos anteriores o contemporáneos alcanzaba la nulidad. Además cuando fuere necesario y posible, ordenaría la renovación o rectificación de los actos de la resolución anulada. La ausencia de una norma similar en el Código Procesal Penal, implica que el juez ya no tiene la obligación de dimensionar los efectos de la declaración de invalidez, diría que el acto no tiene validez, sin más consecuencias que la obligación para el tribunal de no tomarlo en consideración de ninguna manera. Este autor considera, que en el único caso en que sí debe el juez dimensionar a futuro la declaratoria de invalidez, es cuando se trata de los supuestos referentes a la intervención del imputado, defectos que deben ser saneados de oficio, si existe interés y se ha causado un perjuicio (Armijo Sancho, Gilbert. Actividad procesal defectuosa, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, 1996, p. 526). Otra diferencia importante entre ambos sistemas, consiste en la obligación de protesta previa, por parte de quien alega la posible invalidez del acto, con lo que se evita el estar retrotrayendo el proceso a etapas precluidas, (sic) salvo los casos expresamente establecidos en la ley. Excepto por las diferencias anotadas, tenemos que tanto el sistema de nulidades anterior, como el de actividad procesal defectuosa actual, conserva los mismos requisitos. El primer requisito, tanto para las nulidades como la actividad procesal defectuosa, es que está referidas a **actos procesales**. El artículo 144 del Código de Procedimientos Penales, prescribía que: “**Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad**”. Por su parte el numeral 175 del Código Procesal Penal, estipula que: “**No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia***

de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales” (la negrita es suplida) . El segundo aspecto en común , se refiere a los principios que rigen en esta materia, como el de especificidad, de trascendencia, el de instrumentalidad o finalista, el de convalidación y el de saneamiento. El principio de **especificidad**, significa que para que un acto sea declarado inválido o nulo, es preciso que exista una disposición legal que así lo ordene. La doctrina parte del supuesto de que los actos procesales son válidos en el tanto no sea cuestionados **por los medios que la ley establece** (artículo 437 del CPP). El principio de **trascendencia**, se puede resumir en la frase *“no hay nulidad sin perjuicio”*, pero además se requiere que el acto defectuoso no sea atribuible al recurrente, salvo el imputado cuando se lesionan disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación en el proceso (artículo 439 CPP). El principio **instrumentalista**, constituye un límite al saneamiento, pues no procede cuando el acto irregular no modifica, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados (artículo 177 párrafo final). El principio de **convalidación** o preclusión procesal, significa que el acto defectuoso se puede convalidar cuando la parte no haya solicitado oportunamente su subsanación, salvo defectos absolutos proclamados por la ley. El principio de **saneamiento**, está referido a que el Tribunal o el Ministerio Público, deben de oficio sanear los defectos que detecten en el proceso (artículo 15 CPP). Interesa resaltar, para los efectos de este caso, el **principio de especificidad**, que como ya vimos hace alusión a que los defectos , deben estar previstos en la ley, y solo pueden ser declarados a través de los **medios dispuestos en la norma legal** . Siendo que el imputado J., en este caso está impugnando , a través de un escrito en el que solicita se declare actividad procesal defectuosa, la sentencia 128-2012 de las a las 11:20 horas del 28 de febrero de 2012, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón, es oportuno citar el comentario que introduce al artículo 437, el profesor Javier Llobet Rodríguez, en su libro *Proceso Penal Comentado*, cuando explica que: *“A través de los recursos se combaten las resoluciones judiciales y no propiamente los actos procesales, (...) por ejemplo la práctica de un allanamiento que se estima ilegal, ya que no existió orden judicial, no estándose ante ninguno de los supuestos en que se autoriza prescindir de la orden judicial (art. 197). En ese supuesto lo que corresponde es presentar un incidente de actividad procesal defectuosa. A pesar de lo anterior, se admite en general por la doctrina, que al presentarse un recurso en contra de una resolución judicial se impugne un acto defectuoso, en la medida en que la resolución descansa en ese acto”* (Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, pp. 613 y 614). Como vimos atrás la actividad procesal defectuosa está referida a actos procesales, y como ya lo expusimos, la forma de atacar los actos procesales defectuosos, puede hacerse a través de incidentes, y si el acto viciado ha

sido base para dictar una resolución jurisdiccional, la forma es a través de los medios permitidos por la ley para atacar las resoluciones. Puesto que el artículo 437 del CPP, no permite otra forma de atacar las resoluciones que no sea a través de los medios y en los casos que la ley establece: *“Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos”*, tenemos que determinar cuáles son esos medios y cuáles los casos expresamente previstos. Sobre esto, según el libro III del Código Procesal, no cabe ninguna duda de que los únicos medios para atacar una resolución es a través de los **recursos**, como se infiere del artículo 438 del CPP. Recursos que están taxativamente dispuestos por el legislador a partir del artículo 449 y que son únicamente el recurso de revocatoria, el de apelación, el de apelación de sentencia y el de casación, y en donde se determina contra cuáles resoluciones es posible interponer dichos recursos. En el caso que nos ocupa, el impugnante indica que existe una actividad procesal defectuosa dentro de la resolución impugnada, que consiste en haberle denegado su solicitud de replantear su recurso de casación como de apelación. Sin embargo, el medio de impugnación por él escogido, sea el incidente, no es aplicable porque el supuesto acto viciado forma parte de la resolución que está atacando, es decir, su impugnación es propiamente contra la resolución dictada por el Tribunal de Apelaciones de San Ramón, voto 128-2012, y como ya vimos el único medio legalmente admitido para atacar las resoluciones es el recurso. Ya este Tribunal en votos anteriores ha sostenido que contra resoluciones no caben "incidentes" de actividad procesal defectuosa, como por ejemplo en el voto 275-2011 de las 14:40 horas del 21 de julio de 2011. Ahora bien, como ya vimos el medio elegido por el impugnante no es el correcto, pero a ello debemos agregar que la resolución impugnada, carece de cualquiera de los **recursos** enumerados, pues la misma se dictó para resolver un **recurso de casación** que plantearon los imputados, contra la sentencia dictada en juicio, y fue resuelto de conformidad con el transitorio I de la ley 8837 que creó el recurso de apelación de sentencia, el cual establecía que los asuntos ingresados antes de la entrada en vigencia de la ley 8837 (9 de diciembre de 2011), se seguirían tramitando con arreglo a las disposiciones vigentes, en el momento de la interposición. Ergo, aunque este asunto ha sido resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia (pues su denominación pasó a ser esa a partir del 9 de diciembre de 2011), el voto 128-2012 lo que resolvió fue un **recurso de casación**, sentencia que **carece de recurso ulterior** por no estar previsto en la legislación anterior algún recursos contra esas resoluciones dictadas por el anterior Tribunal de Casación Penal. Como ya se expuso, el impugnante no está planteado **ningún recurso**, que como ya vimos de toda suerte no existe, sino un incidente de actividad procesal defectuosa contra la sentencia, lo que tampoco es procedente pues las resoluciones no pueden ser atacadas por otros medios que los previstos en la ley, de manera que una sentencia que carece de recurso como esta, a tenor del artículo 148 del Código Procesal Penal, se encuentra firme, es cosa juzgada formal, y contra ella a lo sumo podría interponerse un procedimiento de revisión. A tenor de lo dispuesto, se declara inadmisibile el escrito

impugnatorio que presenta el imputado J. contra la resolución 128-2012 de las a las 11:20 horas del 28 de febrero de 2012, dictada por el Tribunal de Apelaciones de San Ramón.”

8. Artículo 176 del Código Procesal Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^x
Voto de mayoría

“II. [...] En la audiencia oral el impugnante varió el orden del recurso que viene en forma escrita y alega como primer motivo, la violación cometida por el *a quo* en cuanto a la reapertura del debate sin estar dentro de los presupuestos del artículo 362 del Código Procesal Penal, comparte esta Cámara el criterio del representante del Ministerio Público, esta es una actuación del Tribunal que no se adecua al artículo 176 del Código Procesal Penal como defecto absoluto sino al artículo 176 del mismo cuerpo legal. En segundo término, el agravio consistente en el perjuicio causado a una parte del proceso, es el elemento esencial para que esta Cámara conozca y resuelva el punto cuestionado, tal y como lo establece el artículo 460 párrafo 3 del Código Procesal Penal “ *...La parte recurrente deberá expresar los fundamentos de su inconformidad, el agravio que le causa y su pretensión...*” y en este caso, la misma defensa argumenta, que se reabrió el debate para recibir a los titulares del bien inmueble como terceros que podían ser perjudicados y estos se abstuvieron de declarar y además no se les hicieron preguntas, objetivamente no existe agravio, no se extrajo de esa prueba absolutamente nada que pudiese perjudicar o beneficiar al encartado y en tercer lugar encontramos el artículo 15 del Código Procesal Penal que señala “ *El Tribunal o el fiscal que constate un defecto saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será superior a cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente*” , de la misma impugnación que realiza el defensor, señala que el Tribunal suspendió el debate por cuatro días, plazo que está dentro del parámetro señalado por ley. Por lo que se considera, que el Tribunal, no con base en el 362 pero si con el 15 del Código Procesal Penal tenía competencia para reabrir el debate al constatar este defecto formal de no haber presentado a los titulares del inmueble para que se pronunciaran debido a que lo que se resolviera los podría perjudicar, por ello se estima que no puede declararse con lugar este alegato.”

9. Momento Procesal Oportuno para Interponer la Protesta en Cuanto a la Actividad Procesal Defectuosa

[Sala Tercera]^{xi}

Voto de mayoría

“IV. [...] Por otra parte, se incorporó la siguiente prueba documental: el informe N° 292-CI-06 del O. I. J. (cfr. folio 1 a 3); los reconocimientos fotográficos realizados por los testigos D y M (cfr. folios 4 a 5); denuncia interpuesta por el agraviado tanto, en el O. I. J. como en el Ministerio Público (cfr. folios del 6 a 9 y 22 a 24) y certificación de juzgamientos del encartado (cfr. folio 69). Precisamente, en cuanto a los reconocimientos fotográficos practicados por los ofendidos (cfr. folios 4 y 5), el artículo 230 del Código Procesal Penal a diferencia de lo que acota el 227, no exige que el sea llevado a cabo ni por el juez ni por el fiscal, lo que implica que puede ser efectuado ante la policía. Asimismo, dicha facultad se respalda en el inciso 9) del ordinal 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial (O. I. J.), en el cual se permite practicarlo sin la presencia del juez, fiscal o incluso defensor, tal y como lo reprocha la defensa técnica del acusado. Debe tenerse presente que el reconocimiento fotográfico es orientador de las pesquisas, cuando se ignora quién es su autor, o se tienen sospechas que se quieren corroborar, o bien simplemente, la persona no puede ser habida y se muestran al testigo fotografías para verificar las sospechas que se tienen. En ese sentido, se le ha conocido como una herramienta propia de investigación y, por ende, de utilización por la policía, por lo que no resultaría necesario el control jurisdiccional o la presencia de la defensa, así, precedente de esta Sala, número 1012-02 (sic), de las 10:20 horas, del primero de setiembre del dos mil. Además, es un acto de mera orientación investigativa de la policía y no una prueba anticipada con sus formalidades, cuyo resultado debe verificarse con otras pruebas dentro del proceso (Resolución N° 2001-000771, de las 14:50 horas, del 14 de agosto de 2001, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Nada obsta para que, como es usual y natural, el reconocimiento fotográfico se realice a la mayor brevedad posible y se practique en el despacho policial ante los agentes respectivos, sin que tenga que mediar orden o presencia de los otros funcionarios ya indicados, porque adicionalmente no constituyen *“actos definitivos o irreproductibles”* al tenor del numeral 293 del Código Procesal Penal. El numeral 230 citado no reglamenta ni señala las formalidades del acto, sin embargo, está claro que debe ser un acto llevado a cabo con transparencia, debidamente documentado, con la toma de datos previos de los testigos que van a reconocer, la descripción previa del sospechoso por reconocer y con la presencia de testigos de actuación, en especial cuando lo realiza la policía y siguiendo las exigencias para el reconocimiento físico que se indicaron. En el *sub-exámine*, los reconocimientos fotográficos realizados por los testigos de cargo, visibles a folios 4 y 5, cumplen con los requisitos legales para que sean considerados válidos. En virtud de ello, los cuestionamientos interpuestos por ambos recurrentes no son de

recibo por las siguientes razones: *i)* el agraviado interpone formal denuncia en el Organismo de Investigación Judicial (O. I. J.), a las 09:14 horas del día 2 de julio de 2004 (cfr. folios 6 a 7), señalando que, únicamente podría reconocer al sujeto que los encañó con un arma de fuego, de seguido lo describe físicamente: refiere hombre de raza blanca, de contextura delgada, con cabello negro y de 1.60 a 1.70 metros de estatura (cfr. folio 9), cuya descripción coincide en su mayoría con las características físicas del imputado, según los datos previos recabados a folio 10 a 11, siendo de relevancia las siguientes; un metro sesenta y cinco a un metro setenta de estatura aproximadamente, de contextura delgada, de tez blanca y con cabello castaño oscuro (cfr. folio 10 vto); *ii)* posteriormente, al ser las 09:20 horas, del mismo día, ambos testigos realizan los reconocimientos fotográficos, según actas visibles a folios 4 y 5, las cuales resultan positivas y reconocen por unanimidad a C como el sujeto que los asaltó, tal y como lo apunta el informe del O. I. J. N° 292-CI-06 (cfr. folios 1 a 3). Ahora bien, con respecto a la actividad procesal defectuosa que interpone el encartado en contra de ambos reconocimientos fotográficos, la misma se rechaza. Si bien es cierto, los testigos presenciales del reconocimiento fotográfico realizado por el señor D no firmaron el acta (cfr. folio 5), dicha omisión en nada modifica la individualización del justiciable, por los siguientes motivos: *a)* resultó evidente el error por omisión, toda vez que ambos testigos presenciales sí firmaron el acta del reconocimiento efectuado por la señora M, sin embargo en el realizado por el ofendido omiten estampar sus firmas, siendo ambas diligencias efectuadas en el mismo día y bajo la presencia de los mismos testigos de actuación; *b)* aún suprimiendo mentalmente uno de los reconocimientos en sede policial, efectuado por el ofendido, subsisten elementos para tener por individualizado al acriminado C, como lo fue el reconocimiento fotográfico realizado por la ofendida; y, *c)* el momento en que la parte conoce la conducta procesal incorrecta, es cuando debe realizar la protesta, de conformidad con el artículo 176 del Código Procesal Penal, por ello, en caso de que no se alegue al momento de conocerla, la misma se convalida, según lo establece el inciso a) del numeral 177 *ibídem*. Inclusive, la duda acerca de la fotografía de la persona que ambos testigos “reconocieron”, en efecto, pertenece al acusado, debe ser despejada, y así es, como el ofendido señaló con certeza y bajo convicción absoluta, que C fue el autor del robo agravado en su contra, cosa que se confirma al desarrollarse los reconocimientos en rueda de personas ulteriores. Uno de esos reconocimientos, precisamente, el realizado por la señora M, a pesar de que fue declarado ineficaz durante la audiencia preliminar, se mantiene el reconocimiento efectuado por el ofendido D, el cual fue admitido durante la etapa intermedia, no así en el juicio oral y público, en virtud del error por parte del representante del ente acusador al no solicitar que se incorpore dicho elemento probatorio, así como de los juzgadores quienes no la incorporaron de oficio (ver archivo c0003101012190000.vgz, secuencia de las 19:00:00 a las 19:58:53 horas del 12 de octubre de 2010, segmento de las 19:07:17 a las 19:17:29 horas). A pesar de dichas omisiones, el Tribunal arribó al pleno convencimiento de la autoría del acusado

en los hechos que se le atribuyen, según el análisis que externó oralmente: “...Aquí hay absoluta certeza de que usted, el día y hora, en que aquí se dice, usted estuvo en ese lugar, estuvo del Cristo, de la Bomba Casaque más exactamente, a 50 metros asaltó, mas o menos, por unos apartamentos (...) a estas personas, nada más y nada menos que a las siete de la mañana. Los dos han sido absolutamente claros, muy precisos. Aquí no es el hecho de que tenía usted que traer una justificación de que estaba en Villas Caletas, ese no es el tema, si lo hubiera traído, pues, en buena hora y tal vez, lo habríamos analizado. (...) Estos hechos tienen como fecha la que hemos dicho en la acusación, el dos de julio de dos mil cuatro. El mismo día se viene a las nueve y resto, a poner la denuncia y en la misma denuncia, se dice que a usted lo pueden reconocer. Ahí mismo se dijo. (...) Y los ofendidos son trasladados a ver un álbum fotográfico y ahí ya, usted aparece reseñado (...) Y un expediente con el 1644, folio 6, álbum de asaltos, ahí aparece y en ese álbum de asaltos que es un reconocimiento fotográfico, los dos, la señora y su esposo lo reconocieron a usted positivamente (...) Ellos han sido muy, muy, muy (sic) claros y muy contestes al mantener aquí que no sólo lo pueden reconocer a usted porque lo tuvo a usted a dos metros de distancia, encañonándolos, (...) que después de que asaltan a la gente, se les ríe en su propia cara (...) La defensa pide que los saquemos a usted, lo sacamos perfectamente bien, sin embargo, aún así resulta interesante que durante la declaración de las dos personas que vinieron aquí a declarar como testigos, se mantienen en que a usted lo reconocen perfectamente bien, en varios momentos. Uno, fotográficamente se ha dicho aquí y aquí está la prueba incorporada y otra prueba, que la defensa suya, pues, logró en la audiencia preliminar que se declarara ineficaz, una parte de ella, aun cuando no hemos incorporado toda esa prueba porque no se incorporó, pero lo cierto es que ellos son claros al establecer que el día del reconocimiento fotográfico y en rueda de personas como lo habían visto a usted afuera del Despacho, lo ven el día que los asalta, allá anda con pelo largo recogido, aquí anda con pelo largo y que el día de hoy lo han visto en la entrada del edificio y plenamente, están seguros de que era usted, pero ya hoy lo ven sin pelo largo, lo ven con pelo recortado (...) las circunstancias de tiempo, modo y lugar, están perfectamente claras (...) todavía ellos mantienen claro, perfectamente lo que aconteció. Su declaración, de ellos (sic) es una declaración precisa, muy clara, son coherentes, merecen plena credibilidad para el Tribunal, no vemos ningún interés en particular, ninguno de los dos testigos en venir a perjudicarle a usted (...) Hay un reconocimiento fotográfico en el expediente, realizado tanto, por doña M y ese reconocimiento cumple con la normativa procesal penal (...) la prueba no puede ser ilegítima ni ilegal, no hay nada irregular (...) Ahí lo reconocieron a usted perfectamente bien. Y ya venían sosteniendo que fue usted quien los asaltó. De manera que, también hay una denuncia que corresponde con lo que han venido a decir los ofendidos durante el contradictorio y que complementa la prueba que tenemos aquí (...) De manera que la prueba es concluyente para tener total certeza positiva, que usted fue quien cometió el ilícito de robo agravado en perjuicio del señor D...” (ver archivo

c0003101012210828.vgz, secuencia de las 21:08:28 a las 21:41:34 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 21:17:54 a las 21:26:40 horas). Desprendiéndose que el péndulo de la culpabilidad se mueve según la existencia de otras pruebas que señalan la participación del imputado en los acontecimientos acusados, por lo que el tema de los reconocimientos fotográficos pierde esencialidad. Por otra parte, los argumentos del defensor público y su representado reflejan un análisis parcial de los elementos probatorios que se evacuaron en el contradictorio. Por un lado, se tiene que durante el debate los testigos de cargo D y M, relataron de forma clara, precisa y coherente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. Si bien, ambos testigos no pudieron reconocer al sujeto que los despojaron de sus pertenencias por la parte de atrás, lo cierto es que, sí lograron distinguir al individuo que los encañonó por delante, resultando ser C. Inicialmente, el 2 de julio del año dos mil cuatro, ambos ofendidos lo reconocieron por medio de fotografías (número de expediente 1644, folio 6, album de asaltos, véase folios 4 y 5). Posteriormente, el 30 de marzo de dos mil siete, el Ministerio Público convocó a las partes a dos reconocimientos en rueda de personas, sin embargo, uno de ellos fue declarado ineficaz por parte de la licenciada Ethel Chinchilla Sánchez, juez penal de la etapa intermedia, en virtud de que el ofendido le señaló a la agraviada, al imputado que se encontraba en las inmediaciones de la Fiscalía de Heredia, previo a su reconocimiento. Asimismo, el otro reconocimiento físico realizado por el denunciante D no fue incorporado por el Tribunal durante el debate ni ofrecido por la representante del ente acusador. A pesar de ello, en el juicio oral y público se descartó cualquier duda sobre la identidad del encartado, pues los testigos de cargo lo señalaron de forma categórica en razón de que, por la dinámica de los hechos lograron apreciar sus características físicas, así lo señaló el ofendido en su deposición: *"...Hace como unos seis años, mas o menos, iba yo con mi novia para el Hiper más (...) como a las siete y media de la mañana (...) Íbamos de la Bomba del Cristo como cincuenta metros a mano izquierda por la acera (...) en eso (...) me salieron dos chavalillos, entre uno de ellos (sic) el chavalillo que viene hoy me puso a una distancia de dos metros mas o menos (...), saca un revólver y me lo pone, apuntándomelo al pecho (sic) y me dice: deme todo lo que tiene, entonces yo lo primero que hice fue coger a mi esposa, bueno la tenía de la mano y la puse detrás de mí y le dije: -tranquilo, llévese todo lo que quiera, a mí no me interesa, entonces me dijo: -no haga estúpido porque le pego un bombazo, le digo: tranquilo, tranquilo, y en eso viene el otro chavalito y se paró a la par mía, al lado derecho y empezó a sacarme las cosas de las bolsas, la billetera, el celular (...) lo único que se les veía era la cara porque llevaban el gorro este que se ponen..."; -¿Usted se acuerda más, acerca de las características de esas personas que usted acaba de mencionar? (fiscalía): *"...del que tenía el arma sí, del otro no, porque el se hizo al lado mío, o sea, yo estaba más pendiente de mi esposa y de este chavalito que me estaba apuntando que de otra cosa (...) es blanco, bajito, no es muy alto, contextura mas o menos gruesilla, achinadillo..."* (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las*

18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:25:37 a las 18:28.05 horas). Inclusive consta dos reconocimientos físicos momentáneos por parte de ambos testigos, en los cuales lograron distinguir al imputado, así lo manifestó el testigo D: *"...Me llaman y me dicen que tengo que venir hacer un reconocimiento por el robo que sufrí y entonces, ese día venimos con mi esposa. Y fuimos ahí, al Ministerio Público es, creo (...) entonces, ya sale un muchacho y me atiende y me pide los documentos, y me dice: -usted para qué viene, a un reconocimiento con mi esposa, me dice que sin son de la misma causa, le digo sí, entonces me dice siéntense ahí, ahorita los llamamos. En lo que estábamos ahí entró este chavalito. Bueno, ya venía con el pelo largo (...) Entonces yo le dije al muchacho que estaba ahí que yo no quería ya hacer ningún reconocimiento, que yo no quería entrar, porque reconocimiento de qué si ya el chavalito acaba de entrar ahí y mi esposa estaba super asustada (...) porque ella me dijo: -no, no, que yo me quiero ir de aquí, no, yo ya no quiero reconocimientos si ya lo acabo de ver ahí. Ese muchacho dijo: -no, que no, está bien, que ellos iban apuntar eso, que estando ahí sentados entró el muchacho este y que yo y mi esposa lo reconocimos..."*; – D, ¿usted está totalmente seguro que esa persona que usted vio ese día fue la persona que participó en el asalto? (fiscal): *"Sí"* ; –¿Totalmente seguro? (fiscal): *"Sí, prácticamente en todo el trayecto yo siempre lo tuve de frente y siempre, siempre, lo estuve mirando a la cara, o sea, lo que me asustaba era que cuando este tipo se asustara me pegara un tiro o le pegara un tiro a mi novia..."* (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las 18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:33:08 a las 18:35:00 horas). Más adelante continuó respondiendo: -La persona que usted menciona que puede recordar, que es la que portaba el arma, según entendí de lo que ha dicho, ¿usted la ha vuelto a ver, después de que ocurrieron los hechos? (juez): *"...el día del reconocimiento..."* ; –¿El día de hoy? (juez): *"...Sí..."*, –¿Es la misma persona? (juez): *"...Sí, se cortó el pelo..."* (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las 18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:44:49 a las 18:45:23 horas). Declaración que coincidió con el relato claro, espontáneo y creíble, de la testigo M, quien apuntó: *"...Este hombre nos asaltó a ambos, un día que íbamos camino a Hipermás, eran las siete y media de la mañana, venían de frente, nunca pensamos que venían directamente a asaltarnos y cuando él, aproximadamente quedó a dos metros sacó un arma y lo apuntó y le dijo que le diera todo lo que tenía y mi esposo le dijo: -no tranquilo, y entonces le dice: no, no se ponga, no sé que le dijo exactamente y deme todo y entonces, el otro que venía con él le dio la vuelta y le quitó todo, el celular y la billetera que mi esposo portaba..."* (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las 18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:53:19 a las 18:54:03 horas). Asimismo describió al encartado tal y como lo hizo el agraviado que los encañonó, de la siguiente manera: *"...era un poco achinadillo, tenía el cabello largo en el momento, no se si ahorita habrá cambiado por tiempo o no se, pero, en el momento tenía cabello largo, lo andaba recogido y es de facciones blanco (sic) y no es*

alto y es un poco alto pero no es muy alto tampoco, joven y delgado...” (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las 18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:59:05 a las 18:59:38 horas). A criterio de esta Cámara, el hecho de que los testigos hayan descrito al endilgado con pequeñas divergencias sus características físicas, en nada viene a cambiar el resultado del fallo, pues, como se apuntó líneas atrás, éste fue debidamente individualizado. Aunado a que, desde la fecha de los acontecimientos hasta el día del juicio oral y público se tienen seis años transcurridos, lapso que deviene normal cualquier olvido o contradicción en la descripción física que anteriormente realizaron ambos testigos. Esta Sala ha podido constatar que contrario a lo expuesto por el recurrente, los datos suministrados por ambos testigos, fueron valorados por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica de forma complementaria con el resto del acervo probatorio. Nótese que en el debate el endilgado manifestó que él no cometió los hechos, sino que tuvo que haber sido otra persona, por cuanto ese día se encontraba trabajando en un hotel en Jacó, llamado Villas Caletas (ver archivos c0000101012180209.vgz, secuencia de las 18:02:09 a las 19:00:00 horas, del 12 de octubre de 2010, segmento de las 18:15:18 a las 18:16:35 horas). Debido a que la declaración rendida por el imputado fue dudosa, poco espontánea e incluso contradictoria, la tesis de descargo no resultó ser suficiente para originar un estado de duda respecto a la responsabilidad penal del endilgado por los hechos delictivos acusados. Esta Sala considera que el Tribunal individualizó las pruebas de cargo y de descargo, las analizó en forma conjunta y consignó en el fallo las razones de hecho y de derecho por las que estimó que C incurrió en el delito de robo agravado.”

10. Convalidación de Actividad Procesal Defectuosa

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{xii}

Voto de mayoría

“IV. SE RECHAZA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA. El estudio de los diversos argumentos de inconformidad contemplados en el libelo impugnatorio formulado por la defensa conduce a reconocer la deferencia que ellos reclaman, mas debe externarse que no se participa de los mismos. En primer orden de ideas debe expresarse que la ausencia de juramentación de una persona que va a tratar de identificar a sospechosos de la comisión de un delito en una diligencia de reconocimiento de personas, no conduce inexorablemente a catalogar a esta diligencia probatoria como espúrea y consecuentemente excluirla del arsenal de mérito disponible en una causa penal. En sentido opuesto, debe indicarse inicialmente que no existe norma alguna que establezca de manera expresa esa sanción. Conviene para los efectos que aquí interesan transcribir el numeral 352 del

Código Procesal Penal que literalmente establece: "Interrogatorio. Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interroge de último. El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación. Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo. Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento". Continuando con esta misma vertiente de pensamientos debe manifestarse, guardando siempre relación con el tratamiento de la prueba testimonial, que el incumplimiento de algunas otras formalidades en su recepción, expresamente se ha señalado que no acarrea la declaratoria de su ilegalidad. El ordinal 351 del código de rito en lo conducente señala: "Antes de declarar, los testigos no se comunicarán entre sí; tampoco deberán ver, oír ni ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia. Después de declarar, quien presida podrá ordenar que continúen incomunicados en la antesala, que presencien la audiencia o que se retiren. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo; pero el tribunal apreciará esta circunstancia al valorar la prueba" (el subrayado no pertenece al original). Puede apreciarse con claridad que en estos supuestos en que no se ha logrado aislar a un testigo determinado de lo que se ha producido en el debate, no se ha descalificado automáticamente su declaración, por el contrario, se ha afirmado que en estos casos, el órgano jurisdiccional debe incluir esta irregularidad a la hora de ponderar este relato. En pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha desarrollado esta idea al establecerse: "6- En segundo lugar, de conformidad con el art. 351 del Código Procesal Penal la declaración de un testigo que no ha estado incomunicado no afecta su recepción en el juicio, aunque el tribunal debe valorar esa circunstancia" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 01157-2003 de las 10:25:00 del 19 de diciembre de 2003). Jurisprudencialmente esta posición ha sido desarrollada en múltiples oportunidades, una de ellas se presenta cuando una persona ha presenciado parcialmente el juicio y luego es llamada para rendir declaración, reconociendo que, con las advertencias indicadas, su narración no resulta ilegítima. Se cita el siguiente extracto jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en que se afirmó: "[...] con respecto a la situación de [la ofendida] S., ella inicialmente decidió abstenerse de declarar y sin embargo, luego cambió de

parecer y rindió testimonio en el juicio. Al respecto, cabe advertir -en primer lugar- que la circunstancia de que un testigo de previo a declarar se encuentre presente en la Sala respectiva, mientras se realiza la audiencia oral, no implica necesariamente que deban descartarse sus manifestaciones, sino que como se observa en este asunto, esa situación debe ponderarla el a-quo y en la especie se descartó cualquier vicio de ilegalidad, en la medida en que la perjudicada no se refirió a ningún aspecto señalado por otra persona durante la audiencia, sino que más bien, relató su propia experiencia personal (confrontar folio 619)" (**Sala Tercera de la Corte de la Corte Suprema de Justicia**, sentencia número **00616-2001** de las 10:00 horas del 22 de junio de 2001). El enfoque de punto específico de impugnación, a saber, el reclamo por ausencia de juramentación de un testigo como causal de ilegitimidad de su declaración igualmente ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial, manteniéndose la misma corriente de pensamiento contemplada en las anteriores resoluciones. En este caso específico se ha expresado: "II. [...] TERCER MOTIVO. Incorporación de prueba ilegítima: El defensor reitera que los testimonios de los menores de edad que figuran como ofendidos son prueba ilegítima, ya que no fueron recabados como lo indican las normas procesales. En concreto, las víctimas no fueron juramentadas por el Tribunal. Según el defensor, una declaración recibida sin juramento tiene el mismo valor legal de aquella que se rinde frente a cualquier persona y se aporta por escrito. Es decir, es prueba que no puede ser incorporada de manera legítima al juicio. El defensor particular no lleva razón: Del acta de debate que consta a folio 242 frente, se desprende que los menores de edad G.S.B. y J. P. fueron juramentados en forma legal y advertidos de las penas con que la ley castiga el delito de falso testimonio. Ahora, siendo que el recurrente no ofrece prueba para desvirtuar ese dato y que de las grabaciones del debate tampoco se desprende alguna falsedad en el acta (pues como se indicó en el anterior considerando, en los cassettes identificados con los números 1 al 4 no se registró ningún sonido), esta Sala descarta la existencia del vicio que se reprocha. No obstante lo anterior, es importante señalar que aunque se admita hipotéticamente que el órgano de mérito no juramentó a los dos ofendidos por considerarlo improcedente toda vez que no han cumplido 18 años (lo que en efecto no sería acertado, pues dada la edad que tienen pueden ser sometidos a la jurisdicción penal juvenil), el vicio no causaría la nulidad de la sentencia, ya que la falta de juramentación no tiene que ver con la valoración que el Tribunal hizo de las probanzas. Por otra parte, la mencionada circunstancia no convierte en ilegal esa prueba, ya que esa actuación judicial es solo un apercibimiento de la obligación de decir la verdad y de las consecuencias de faltar a ésta. Asimismo, no se puede desconocer que el órgano de mérito le otorgó credibilidad a la declaración de algunos testigos que ofreció el Ministerio Público (incluidos los menores de edad que figuran como víctimas), no porque hayan sido o no juramentados, sino porque tras analizar sus testimonios conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, concluyó que estaban diciendo la verdad. Es decir, la credibilidad otorgada a algunos de los deponentes obedeció a factores totalmente ajenos al tema de la juramentación.

Finalmente, el vicio apuntando no justifica anular la sentencia, ya que de haberse producido el mismo fue convalidado por la defensa, parte procesal que no lo protestó oportunamente (cfr. folio 244 frente). Así las cosas, procede declarar sin lugar los alegatos" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número **01294-2006** de las 09:45 horas del 21 de diciembre de 2006). En semejantes términos se ha pronunciado el antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en la resolución número 00321-2011 de las 09:20 horas del 17 de marzo de 2011, oportunidad en la que en lo conducente sostuvo:

"V. Segundo Motivo del Recurso de la Defensa Pública: Violación al debido proceso por falta de juramentación del testigo. Con alegato por presunto quebranto de los artículos 204, 351, 32 y 369, inciso j) del Código Procesal Penal y el artículo primero de la Ley de Justicia Penal Juvenil, considera el recurrente que el testigo J, mayor de doce años, debía ser juramentado y hacérsele las prevenciones de que si mentía ante el Tribunal cometería el delito de falso testimonio. No obstante ello, y que era evidente que un mayor de doce años sería susceptible de una persecución penal por tal delito contra la Administración de Justicia, el Tribunal sólo le dijo: "No se te va a juramentar porque por tu edad todavía no procede la juramentación, sí tienes la obligación de decir verdad..." Estima que este yerro del Tribunal de Mérito obligaría a anular el debate que dio origen a esta sentencia, no sólo por la violación al debido proceso que implica, sino porque en el testigo no opera igual, a nivel psíquico, que se proceda a juramentarlo por lo más sagrado de sus creencias y en virtud de ello advertirle de las consecuencias de faltar a la verdad, que hacerle una simple advertencia de que debe decir verdad. **No lleva razón tampoco en este extremo de su recurso.** Si bien es cierto, una persona de doce años podría cometer el delito de falso testimonio, lo que haría exigible hacerle las advertencias de ley y juramentársele como testigo, también es cierto que el quebranto que quiere hacer valer la defensora del justiciable es meramente formal ya que no se ha causado ningún quebranto a los bienes jurídicos penalmente tutelados relacionados con la Administración de Justicia. Además, verificada la presencia de la defensa técnica del imputado (incluso la misma profesional que presenta el recurso de casación), ese yerro que ahora se invoca se subsanó, pues ella teniendo la oportunidad de objetar la actuación concreta del Tribunal, guardó silencio, ello por tratarse de un defecto relativo. Lo que unido a la falta de agravio hace que el reclamo resulte inaceptable. Esto último, porque no se ha demostrado que el testigo mintiese sobre los hechos sobre los que fue preguntado; lo que lo haría susceptible de la persecución penal que amenaza a todo testigo que trastoca la verdad en estrados, como porque la actitud del Tribunal refleja tan solo un resabio de una mentalidad tutelar, de considerar al menor menos responsable y que la edad sería un factor que lo llevaría a ostentar una menor capacidad de culpabilidad y, por ende, una menor capacidad de imputación penal. En tal razón, no puede procederse a anular el fallo tan solo por la forma en que se procedió a recibir el testimonio del joven J., el cual

fue valorado conforme a las reglas de la sana crítica, de manera que lo que dijo sobre el acaecimiento de los hechos en su contra es plenamente válido para la resolución final de este caso. Por lo expuesto, sin lugar al motivo". Se participa por los suscriptores de la presente resolución del criterio que se ha venido citando en los pronunciamientos jurisprudenciales referidos y disposiciones normativas transcritas, en el sentido de que el incumplimiento de las formalidades contempladas en los numerales 351 y 352 del Código Procesal Penal, no constituye necesariamente una actividad procesal irregular de naturaleza absoluta, ni afecta, en los supuestos analizados, la legalidad de la declaración testimonial rendida por:

i. testigos que presenciaron parcialmente el debate y luego rinden declaración testimonial, y; ii.- testigos que no fueron juramentados. En ambos supuestos, estas particulares características deberán ser contempladas en el examen que, de conformidad con las reglas de la sana crítica (racional), se realice sobre ellos. Una segunda conclusión importante se extrae de estos pronunciamientos y su contraste con el numeral 178 del Código Procesal Penal, concretamente, debe indicarse que éstos defectos poseen una naturaleza relativa, toda vez que no encajan en categoría alguna de las previstas en la citada disposición normativa la que literalmente establece: *"Defectos absolutos.- No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley. b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales. c) A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento"*. En el presente asunto es lo cierto que el justiciable estuvo asistido por una profesional en Derecho que le representó durante la cuestionada diligencia de reconocimiento judicial y que no formuló protesta alguna por la ausencia de juramentación del ofendido, por lo que este defecto relativo se convalidó según lo establecido en los ordinales 176 y 177 incisos a) y b) de la ordenanza instrumental penal. A mayor abundamiento ha de indicarse, con fundamento en el acta de reconocimiento judicial de folios 8 y 10 del principal, que la diligencia de reconocimiento judicial criticada estuvo compuesta por la intervención de cuatro personas que se presentaron con la intención de determinar si lograban identificar a algún sospechoso de la comisión de un delito. De ellas tres personas fueron juramentadas, a saber: F., [...], A., [...], J.J. [...] (cfr. folio 8). Únicamente no se juramentó al aquí ofendido R., quien precisamente para la fecha de esta diligencia probatoria era menor de edad, tal y como se puede apreciar en el folio 9 del principal, a pesar de que para este momento contaba con diecisiete años de edad. Se reproduce en esta actuación del Ministerio Público el yerro de considerar que a las personas menores de edad, aún a pesar de contar con más de doce años de edad, no se les debe juramentar, siguiendo un viejo resabio de la Ley Tutelar de Menores,

que desarrollaba una concepción de este grupo social con responsabilidades disminuidas debido a su edad. Es lo cierto que esta percepción varió con la actual Ley de Justicia Penal Juvenil, por lo que podrían enfrentar cargos por la comisión del delito de falso testimonio. Por último, obsérvese que en la impugnación ensayada no se reclama que el menor ofendido hubiere incurrido en falsedades que motivaran un proceso penal en su contra, sino que se pretende, la declaratoria de ilegalidad de su declaración únicamente por el hecho de no haber sido juramentado, propuesta que se asocia con la corriente de pensamiento que abogaba en la declaratoria de nulidad por la nulidad misma, sin demostrar la existencia de agravio alguno, teoría de la cual no participa esta Cámara de Administración de Justicia. Por estas razones se declara sin lugar este motivo de apelación.”

11. El Agravio en la Actividad Procesal Defectuosa

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{xiii}

Voto de mayoría

“II. Ambos motivos se resuelven conjuntamente: Tanto el primer como el segundo motivo se refieren a la falta de fundamentación del fallo por omitir la valoración de las pruebas, al anular incorrectamente la requisita del imputado que permitió descubrir el arma que portaba sin contar con los permisos respectivos. **El reclamo es de recibo.** Respecto del análisis intelectual de la prueba evacuada, en el considerando IV de esta sentencia, donde se realizó la "valoración probatoria y análisis de fondo", analizados los razonamientos ahí consignados se aprecia que el recurrente lleva razón. El juzgador indicó que no se tuvo por demostrado que el imputado portaba un arma sin contar con el respectivo permiso, por las siguientes razones: " (...) *por un tecnicismo o una circunstancia que exige la ley que el OIJ no cumplió en el momento en que hizo el acto de requisita. Vamos a indicar que en Costa Rica la ley establece un principio de legitimidad de la prueba. La prueba solo tiene valor si es obtenida por medio del procedimiento que establece la ley, y en este caso en particular el OIJ no cumplió ese procedimiento. No vamos a hablar sobre el indicio comprobado, que fue caballo de batalla de su defensora, en criterio de esta autoridad sí existió un indicio comprobado. Sin embargo, en la forma en que el OIJ realiza la requisita más propiamente, no cumple con los procedimientos que establece el artículo 189 del Código Procesal Penal. La Sala Constitucional, que es el máximo Tribunal en Costa Rica, a través del voto 2837-2000, del 29 de marzo del 2000, dijo abro comillas constituye un derecho esencial de todo imputado de ser juzgado con base en prueba legítimamente obtenida e incorporada al proceso de conformidad con los requisitos establecidos por la legislación vigente. Lo anterior obliga al juzgador a incorporar al proceso los elementos probatorios, llámese declaraciones testimoniales, confesionales, periciales, dictámenes, intervenciones*

telefónicas, etc., para que la resolución final se adecue a uno de los contenidos sustanciales del debido proceso, como es el derecho del condenado a una sentencia justa. Se da un problema de legalidad con respecto a la recopilación de la prueba. De conformidad con lo que exponen los testigos, a usted lo ven en una actitud sospechosa y con un abultamiento en la cintura, y seguidamente lo detienen y proceden a hacerle una requisita. La requisita tal y como está establecida en el artículo 189, requiere una serie de requisitos, que haya un indicio comprobado, que se le hagan las advertencias correspondientes y que además se encuentre presente una persona ajena a la actuación policial o a la policía que observe y tutele la actuación que está haciendo. En este caso en particular, la policía no hizo o no buscó que un tercero ajeno a la policía estuviera presente en esa requisita. Y aquí lo importante es determinar que la policía tenía todas las posibilidades de buscar ese acompañamiento que observara esa requisita, por qué? porque eran las tres de la tarde en un lugar sumamente poblado, todos conocemos El Roble, además los testigos dijeron que es una zona comercial y que hay muchas personas por el estilo e por ahí, perdón, y que inclusive nos informan los oficiales que ellos fueron rodeados por personas. Si embargo, el tribunal notó como la policía no hizo como buscar a esa tercera persona ajena al cuerpo de policía, que esa persona pudiera constatar esa requisita que le estaban haciendo a usted. No se intentó ni siquiera por parte de los oficiales C. y V. buscar a esa tercera persona, ni se manifestó al respecto, tampoco dijeron que les fue imposible o algo por el estilo, más bien de lo que manifestaron ellos se veía que era viable y posible la actuación de una tercera persona, ellos ni siquiera hicieron el intento de buscar a esa tercera persona. Qué pasa con eso, que entonces en esa requisita se incumple o se incumple con uno de los requisitos que exige la ley para que se tenga como legítima. Entonces surge de esta requisita una cuestión que la doctrina o los que han escrito sobre esto han denominado prueba ilícita o prueba espúrea y consecuentemente al ser prueba ilícita o prueba espúrea el tribunal no puede valorarla para dictar una sentencia condenatoria como lo pidió el Ministerio Público. Y además de eso se aplica un principio que se llama " la doctrina del fruto del árbol envenenado", este principio lo que establece es que cuando se declara una prueba ilegal, todo lo que se derive de ella resulta ser también ilegal, y en este caso lo que se derivó de la requisita fue el secuestro del arma ya mencionada que es una marca Lorcin, calibre 25, serie Así las cosas tenemos entonces que la requisita es ilegal, es espúrea porque se incumplió un requisito que establece la ley y era posible cumplirlo, simplemente la policía lo omitió, no sabemos las razones pero lo omitió, eso genera que esta prueba sea ilícita o espúrea, y aplicando la doctrina del fruto del árbol envenenado y toda la prueba que se derive de esta resulta ser también espúrea, ilícita o ilegal, por lo tanto ni la requisita ni el acta de secuestro puede ser tomada en consideración para imponer una sentencia condenatoria como lo venía pidiendo el Ministerio Público. Así las cosas al no existir prueba contra su persona en el sentido de afirmar que usted portaba esa arma sin tener permiso alguno, el tribunal tiene la obligación de absolverlo de toda pena y responsabilidad del delito que se le venía

*acusando, que es el delito de portación de arma permitida" (ver secuencias de grabación c0003101021205150.vgz y c00031010212210000.vgz, a partir del minuto 20:58:45 al 21:07:21). El anterior razonamiento no es correcto, en el tanto el juzgador no dio ningún fundamento para sustentar la necesidad de declarar la invalidez de la requisita. Recordemos que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la actividad procesal defectuosa sufrió algunas transformaciones sustanciales, respecto del régimen de nulidades que anteriormente estaba regulado en el Código de Procedimientos Penales. Uno de los cambios más importantes, lo es el que de manera expresa y clara, se estipuló que para la declaratoria de invalidez del acto procesal, se requiere la existencia de un agravio. Esto se desprende del inciso c) del artículo 177 del Código Procesal Penal, cuando estipula que: "Salvo casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos: (...) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes". A demás de la necesidad de demostrar el perjuicio o agravio, el artículo 176 *ejusdem*, exige que el defecto sea alegado por el interesado, cuando el vicio se produce o inmediatamente después. En el caso que nos ocupa, el juzgador se limitó a constatar que no se cumplió con un requisito que establece el artículo 189 del Código Procesal Penal, sin entrar a analizar la importancia de ese requisito en el caso concreto y qué afectación le causó al imputado la falta de un testigo de actuación ajeno a la policía, cuando le decomisaron el arma de fuego que encontraron entre sus ropas. La fundamentación de esa sentencia, no alude tampoco a que el imputado o su defensora haya alegado la existencia del vicio en la etapa anterior al debate, o cuando se les puso en conocimiento de las pruebas en contra del imputado, limitándose el señor juez de oficio a declarar la invalidez del acto, sin explicar si en su opinión era un vicio de carácter absoluto, que no requería protesta previa y era declarable de oficio. Es importante al respecto citar el voto de la Sala Tercera número 939-2003 de las 9:55 horas del 24 de octubre de 2003, en el que se reafirma la exposición que esta Cámara está planteando en este caso: "Es indudable que el artículo 189 del Código de Procedimientos Penales establece la necesidad de que el acta de requisita contenga la firma de un testigo ajeno al ente policial. En el acta de folio 100, específicamente en el espacio destinado a reunir las firmas de los testigos, aparecen las firmas y nombres de E. y C.G., quienes según constancia de folio 1717, forman parte del Organismo de Investigación Judicial. Es evidente que se incumplió el requisito establecido en el artículo supracitado. Sin embargo y a diferencia del sistema tradicional de nulidades, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, las violaciones a la ley procesal no se "sancionan" con nulidad de manera necesaria. El artículo 175 del Código *ibidem* establece, que los elementos de prueba obtenidos mediante violación de normas procesales - o de garantías supralegales - no pueden valorarse para fundamentar una decisión judicial, excepto que los defectos hayan sido saneados. Además del saneamiento, el artículo 177 establece posibilidades de convalidación en los eventos en*

que el acto ha alcanzado su fin respecto a los interesados o no ha afectado los derechos y facultades de los intervinientes. Estas normas deben integrarse con el artículo 424 ejúsdem, que recoge el principio pas de nullité sans grief, según el cual, las partes sólo pueden recurrir las decisiones judiciales que les causen agravio, refiriéndose en forma concreta a la afectación sufrida. En el presente caso, la recurrente se limita a señalar la violación de formas procesales relativas a la requisita, sin indicar cuál afectación o agravio produjo a su representado, como podría ser el caso de que los documentos secuestrados no estuvieran realmente en poder del imputado, o que hubieran sido alterados. Las formas procesales no pueden considerarse un fin en sí mismo y su incumplimiento sólo puede generar la nulidad de la sentencia, en aquellos casos en que la violación a la ley procesal agravió de manera concreta a la parte reclamante. En el caso particular, ese perjuicio no se dio. El recurrente no alega - ni esta Sala observa - afectación alguna concreta a los intereses del justiciable, por lo que el reclamo no puede generar la nulidad solicitada por quien recurre". Efectivamente el acto de la requisita, en el caso que nos ocupa, fue hecho sin cumplir con el requisito que echa de menos el juzgador, mas nunca se explicó qué agravio le causó dicha omisión al imputado. Como tampoco explicó con fundamento en que norma dimensionó los efectos de esa declaratoria a el (sic) resto de la prueba documental recibida e incorporada al debate. Puesto que otra de las diferencias del actual régimen de actividad procesal defectuosa es precisamente que desapareció la norma que contenía esa obligación para el juez. Como lo hace ver el profesor Gilbert Armijo, una diferencia sustancial entre el sistema implementado en el actual Código Procesal Penal y el anterior, se basa en que actualmente no existe una norma equivalente al artículo 150 del Código de Procedimientos Penales, que expresamente establecía que declarada la nulidad del acto, haría nulos los actos consecutivos que de él dependían, debiendo el tribunal indicar a que actos anteriores o contemporáneos alcanzaba la nulidad. Además cuando fuere necesario y posible, ordenaría la renovación o rectificación de los actos de la resolución anulada. La ausencia de una norma similar en el Código Procesal Penal, implica que el juez ya no tiene la obligación de dimensionar los efectos de la declaración de invalidez, diría que el acto no tiene validez, sin más consecuencias que la obligación para el tribunal de no tomarlo en consideración de ninguna manera. Este autor considera, que en el único caso en que sí debe el juez dimensionar a futuro la declaratoria de invalidez, es cuando se trata de los supuestos referentes a la intervención del imputado, defectos que deben ser saneados de oficio, si existe interés y se ha causado un perjuicio (Armijo Sancho, Gilbert. Actividad procesal defectuosa, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, 1996, p. 526). De forma tal, que la sentencia no cumplió con una fundamentación completa y clara, por lo que tanto el primer motivo como el segundo motivo deben ser acogidos. Por otra parte, tampoco en la sentencia se resolvió la solicitud fiscal respecto del comiso del arma, lo que evidentemente es una omisión que incumplió con la obligación de resolver sobre todos

los puntos sometidos a conocimiento del juez, que vicia la sentencia por ser incompleta en su fundamentación.”

12. Nulidad Absoluta

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{xiv}
Voto de mayoría

“III. El **reclamo resulta atendible en los términos que se dirán** : En primera instancia, es menester -tal y como se expuso en el considerando I-, el vicio alegado por la recurrente es de tal envergadura que se constituye en una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto, esto de conformidad con el artículo 176 del Código Procesal Penal, de ahí que es innecesario que tal situación haya sido protestada durante el inicio o la conclusión del debate realizado en este asunto. En efecto, al radicar el reclamo sobre la constitución del Tribunal Sentenciador en la cual uno de sus miembros había conocido del asunto previo al debate, se hilvana tal situación con lo preceptuado en el artículo 178 del código instrumental y que se refiere a los defectos absolutos, los cuales, tienen las siguientes características: a) pueden ser advertidos de oficio; b) el vicio puede ser alegado por cualquiera de las partes y no sólo por la interesada; c) no se requiere protesta previa del interesado y d) no se produce la convalidación del vicio. (Proceso Penal Comentado, Javier Llobet Rodríguez, Editorial EJC, cuarta edición, pág. 314). El reclamo de la recurrente en cuanto al principio de imparcialidad del juzgador, ha sido estudiado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, pues el mismo constituye un pilar fundamental en el sano y correcto proceder de la Administración de Justicia Penal, ya que fortalece el Estado Democrático de Derecho, pues no solo tutela directamente los intereses del acriminado, sino también a todas las partes intervinientes en un proceso penal o no penal. (op.cit. pág.. 180) Habiendo sido analizado en múltiples ocasiones se ha producido una sólida orientación jurisprudencial en cuanto a su significado, importancia y alcances, estableciéndose lo siguiente: *“La función jurisdiccional, poder propio del Estado, encomendada constitucionalmente al Poder Judicial (artículo 153 de la Constitución Política), se ejerce a través de los jueces. Para garantizar la transparencia de su función, se establecen los principios de juez natural, de independencia judicial, de imparcialidad. El principio de Juez natural, que consagra nuestra Constitución y el derecho comunitario, nació precisamente para evitar la creación de tribunales para el caso concreto, evidentemente parcializados y alejados de toda objetividad. Es así como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 35 de la Constitución Política, 3 del Código Procesal Penal, establecen, con diferente redacción, la prohibición de ser juzgado por comisión,*

tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de previo, conforme a la ley. En la sentencia #1739-92 de la Sala Constitucional, se estableció el derecho al juez natural como referido al debido proceso: "EL DERECHO AL JUEZ REGULAR: Este derecho, que en la tradición anglonorteamericana se ha desarrollado como el llamado "derecho al juez natural", pero con perfiles muy propios que no corresponden a los de nuestro derecho latino -ya que comprende, por ejemplo el derecho al juez del domicilio y, sobre todo, al juzgamiento por los pares que se expresa, a su vez, en el jurado lego, conceptos que en los sistemas de tradición romano-germánica más bien han producido experiencias negativas-, en nuestra Constitución se recoge especialmente en el artículo 35, según el cual: "Artículo 35 - Nadie puede ser juzgado por comisión tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución". Este principio, que hemos llamado del "juez regular", se complementa, a su vez, con los de los artículos 9, 152 y 153 y, en su caso, 10, 48 y 49, de los cuales resulta claramente, como se dijo supra, la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial, así como con el del artículo 39, en el cual debe entenderse que la "autoridad competente" es necesariamente la judicial y ordinaria, esto último porque el 35 transcrito excluye toda posibilidad de juzgamiento por tribunales especiales para el caso o para casos concretos, y porque el 152 y 153 agotan en el ámbito del Poder Judicial toda posibilidad de creación de tribunales "establecidos de acuerdo con esta Constitución", con la única salvedad del Supremo de Elecciones para el contencioso electoral. Si, pues, la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha". Por otro lado, los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6 del Código Procesal Penal, establecen que toda persona tiene derecho a ser oída por un **tribunal imparcial**, esto es, neutral, objetivo. Al respecto, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 2 de julio de 2004: "Derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención) 169. Los representantes de las presuntas víctimas alegaron que en el presente caso el Estado violó el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial. En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. 170. La Corte

Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso. 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática". Este derecho a la imparcialidad se regula en nuestro sistema instaurando causales de excusa y recusación para cuando se presente alguna circunstancia que comprometa esa imparcialidad; en el ordenamiento costarricense, en el artículo 55 del Código Procesal Penal se asientan esas causales, que no resultan taxativas, sino que ejemplifican casos en los cuales se debilita esa objetividad. Se observa que el numeral dicho, en su inciso primero, establece que el juez debe excusarse cuando hubiere dictado el auto de apertura a juicio, el cual supone un análisis de las actuaciones, para determinar si existe o no base para el juicio. Situación similar, aunque no igual, se presenta al juez que debe resolver sobre la prisión preventiva. En ese caso, el análisis de probabilidad de la participación del sindicado en los hechos acusados, ha de limitarse a enunciar los elementos probatorios recabados al momento, y exponer su suficiencia. Igual con los demás presupuestos. Si bien no se establece expresamente en dicha norma, como causal de excusa, el emitir criterio al resolver sobre una solicitud de prisión preventiva, o al decidir sobre un recurso al respecto, ha de analizarse si en el caso concreto, se comprometió la imparcialidad. Ha señalado esta Sala: "Ahora, si bien el artículo 55 de la normativa de rito en vigencia establece una serie de supuestos o causales por las que las partes o sujetos del proceso se pueden inhibir y recusar, se considera que este listado tiene un carácter enunciativo y no taxativo (numerus apertus). Así, si una circunstancia, situación o hecho específico puede eventualmente afectar los principios que se citan, y aunque no se hubiese contemplado de manera expresa en la ley como una causal, las partes (y sobre todo los jueces) pueden excusarse de seguir conociendo la causa que tramitan. Incluso, de no hacerlo de manera libre o espontánea, los otros intervinientes estarían facultados para interponer la recusación respectiva. La propia Sala Constitucional ya se ha pronunciado a favor de esta tesis, es decir, a favor de la posibilidad de que los jueces u otros sujetos del proceso (fiscales, por ejemplo) se inhiban o se recusen cuando la imparcialidad con la que están obligados a actuar pueda verse lesionada de alguna forma, aun cuando el

motivo que se acusa o invoca no esté previsto en la normativa de rito, pues señaló que: “Reclama el accionante que a pesar de que el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos contempla el derecho del imputado de ser juzgado por un juez imparcial, el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales omite incluir dentro de su lista de causales de inhibición o recusación [lo mismo que el actual Código Procesal Penal], la referida a la parcialidad del Juez, con lo que impide al imputado el ejercicio de un derecho fundamental.- De la lectura del texto cuestionado se observa efectivamente que no existe una causal específica que cubra casos de sospecha de parcialidad como el que se reclama, sin embargo, esta Sala no detecta el carácter excluyente -en relación con otras causales distintas de las enlistadas- que el accionante pretende asignarle a la norma jurídica que se impugna en esta acción.- En realidad, el artículo 29 cuestionado solamente establece un listado de causales por las cuales procede la inhibición del juez, pero no regula nada referente a exclusividad o taxatividad, es decir, no contiene ninguna regla prohibitiva o impeditiva en relación con el accionante.-

Lo anterior resulta de suma importancia porque la simple omisión atribuida a una norma jurídica (tal y como la que reclama el accionante) no tiene la virtud -por sí misma- de servir de impedimento para el ejercicio de un derecho fundamental, pues en tal caso, lo que procede es la aplicación directa por parte del Juez, de la norma de mayor rango, en este caso, el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, del que se deriva -en el citado aspecto de la imparcialidad- una regla procesal clara y precisa sobre la imparcialidad que debe ostentar el juez.” (Sala Constitucional, voto No. 7531 de las 15:45 horas del 12 de noviembre de 1997). Conforme lo anterior, si uno de los integrantes del Tribunal, por alguna razón conoció o tuvo alguna participación directa en los hechos históricos que se someten a su conocimiento, se debe inhibir de inmediato o, en su defecto, puede recusarse por quienes tengan derecho o interés en hacerlo, toda vez que esta circunstancia podría afectar o incidir en la imparcialidad u objetividad con la que se impone que realice su función. Claro está, el motivo, causa o hecho que se invoca debe ser de una naturaleza o relevancia considerable, pues se debe acreditar que en efecto la imparcialidad u objetividad de los juzgadores está siendo violentada o vulnerada” (sentencia # 256-2003)” (Voto 2005-01146, de las 9 horas, 20 minutos del 10 de octubre de 2005 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). En igual sentido la sección segunda de este Tribunal de Casación ha establecido:” Cabe recordar aquí que el principio de imparcialidad se erige en nuestro ordenamiento jurídico como uno de los principios fundamentales en la prosecución de una adecuada, objetiva y correcta administración de justicia. Por su medio se permite a la vez el fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho en la medida en que brinda confianza no sólo a los intervinientes directos en el proceso, sino a la sociedad en su totalidad, en cuanto a que los juzgadores no actuarán parcializadamente en perjuicio de alguna de las partes, ya sea porque existen

vínculos familiares, sentimentales, comerciales o de otra naturaleza con alguna de aquellas, ya sea porque en virtud de que, previo al conocimiento de los hechos, los juzgadores ya se habían formulado un juicio sobre los mismos o sobre las personas a las que le correspondería juzgar. Como lo señala Llobet Rodríguez, el "(...) principio de juez imparcial tiene una importancia fundamental en un Estado de Derecho, ya que de nada valdría el establecimiento de garantías del debido proceso, si al final de cuentas factores de carácter subjetivo fueran los decisivos para el dictado de una determinada resolución. En este sentido indica Perfecto Andrés Ibáñez: "El rasgo más característico de la jurisdicción, el primer rasgo, el último si se quiere ser radical, es el de que el juez debe ser un extraño al conflicto, debe ser un tercero. En los ayuntamientos medievales de Italia, y probablemente de algunos otros países, se buscaba al extranjero para dirimir conflictos entre los vecinos; se buscaba la absoluta ajenidad al conflicto, la terceridad. Esa condición de tercero como garante de justicia es una vieja aspiración que se encuentra latiendo desde el primer momento de la jurisdicción. Jurisdicción en este sentido sería decir el derecho desde la condición de tercero imparcial" (Andrés. La jurisdicción... p. 168). No solamente protege al imputado en un proceso penal, sino también a las diversas partes que intervienen en ese proceso, o bien en procesos no penales (...)" (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "**Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)**", 4ª Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009, p. 180). Agrega además Llobet Rodríguez que, de "(...) acuerdo con Manzini (Tratado..., T. II pp. 206-207), tanto la excusa como la recusación no sólo tienen una finalidad de prevenir resoluciones injustas, sino también de evitar situaciones embarazosas para el juez y mantener la confianza de la población en la administración de justicia, eliminando causas que podrían dar lugar a críticas o a malignidades. La abstención y recusación se fundan -continúa diciendo- en la valoración del término medio de las energías psíquicas. Así -señala- cuando consten uno o más elementos que hagan sospechoso al juez como tipo humano medio, se lo debe excluir del proceso sin tener en consideración el grado particular de fuerza moral del juez A o del B. Para establecer los motivos que podrían comprometer la imparcialidad del juez, el legislador ha tomado en cuenta su vinculación con el proceso y su vinculación con las partes (V. Claría. Tratado....., T. pp. 242 y 252)(...)" (ibídem, pp. 180 y 181). En este mismo sentido, también se tiene que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso de Herrera Ulloa vs. Costa Rica se ha pronunciado en torno a la importancia de este principio, al punto de que fue uno de los aspectos por los que se condenó a Costa Rica en dicha instancia. En lo que interesa, en esa resolución se indicó sobre el tema lo siguiente: "(...) **171.** La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. **172.** Como ha quedado probado, en el proceso penal contra

el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico “La Nación”, y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohmoser, respectivamente (supra párr. 95. y). **173.** Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, inter alia, “la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)” (supra párr. 95. s). **174.** Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma. **175.** Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa (...). En otras palabras, de acuerdo con lo expuesto, se busca con este principio que las partes (al igual que la sociedad en general) no pongan en duda la probidad con la que debe actuar todo juzgador al momento de resolver las causas que han sido sometidas a su conocimiento. (Voto 2010-00170, de las 11 horas, 45 minutos del 26 de abril de 2010 Jueces Martín Rodríguez Miranda, Jorge L. Morales García y Mario Porras Villalta). Los anteriores precedentes ponen de relieve la importancia que para el debido proceso tiene el principio de imparcialidad del juez y concentra la normativa y la jurisprudencia sobre el tema y que esta Cámara de Casación prohija. Es evidente que en la materia expuesta y por ser tan delicado el principio que se ha violentado, debe analizarse cada caso concreto para determinar efectivamente su vulneración. **En cuanto al caso concreto.** Conforme a lo arriba señalado y de la actuación del juez González Rojas que se analizará posteriormente, se concluye sin duda alguna que el juzgador mencionado sí comprometió el principio de imparcialidad en este asunto, dadas las afirmaciones y juicios que externó al resolver el recurso de apelación que se interpuso contra el auto en el que se ordenó la prórroga prisión preventiva de los justiciables. En el *sub- litem* se establece con observancia del folio 589 de los autos, que el Juzgado Penal de Puntarenas en resolución de las diez horas

con veinte minutos del dieciocho de setiembre de dos mil nueve, procedió a prorrogar la prisión preventiva de los imputados A., R., R.G. y J.. De igual forma utilizando los mecanismos procesales que la ley les otorga a las partes, los defensores particulares licenciado José Arguedas Troyo y la licenciada Sandra Camacho Méndez, interpusieron sendos recursos de apelación en contra de la citada resolución, la cual fue conocida por el Tribunal Penal de Juicio de Puntarenas. Vemos que el punto esencial del presente recurso es denunciar que el principio constitucional de imparcialidad del juzgador ha sido quebrantado, por cuanto la apelación referida fue resuelta por el Juez Fernando González Rojas, siendo que luego en forma improcedente procede a integrar el Tribunal sentenciador. Dicha situación es corroborada por esta Cámara de Casación como cierta, por cuanto al observar el folio 653 del tomo I del legajo de prisión preventiva, se constata sin lugar a dudas, que efectivamente se llevó a cabo una audiencia oral y pública en la cual comparecieron los apelantes mencionados supra (lic.Arguedas Troyo y licda.Camacho Méndez) y expusieron en forma oral y amplia todos y cada uno de los argumentos por los cuales consideraban que no procedía el dictado de la prórroga de la prisión preventiva. Como se observa del documento en mención y del DVD que respalda en forma audiovisual tal actuación, el juez que realiza la audiencia y que al fin y al cabo resuelve el asunto mediante el voto número 320-P-09 lo es el juez Fernando González Rojas. De la lectura del documento indicado (folio 653) se extra claramente que en efecto la audiencia se dio ante el juez señalado, que comparecieron a la misma ambos abogados recurrentes, varios imputados y el fiscal del Ministerio Público licenciado Guillermo Hernández Ramírez. Se establece en el acta de cita que *"el Tribunal resuelve una vez escuchadas los alegatos de las partes, bajo el voto n 320-P-09, de las dieciséis horas cinco minutos del ocho de octubre del año en curso y en lo conducente... Se confirma la resolución recurrida y deban mantener prisión preventiva todos los imputados."*

Recurriendo al DVD que respalda la actuación jurisdiccional dicha, de la detenida escucha de la resolución en alzada y lo acontecido en la audiencia, dictada por el juez González Rojas, se determina sin mayor dificultad que sí procedió a emitir criterios de fondo de naturaleza asertiva -y no meramente presuntivos- que comprometieron su posterior participación como integrante del Tribunal de Juicio. Para una mayor claridad de esta afirmación, basta con proceder al análisis en forma CONJUNTA de todo lo ocurrido en dicha audiencia y no sólo de lo resuelto por el juez del Tribunal de Juicio citado. De la observancia del documento digital en registro que inicia a las 15:37 horas se confirma la presencia de dos defensores particulares, el Juez mencionado y el Fiscal del Ministerio Público. A partir de ese punto, se da la palabra a los citados profesionales, quienes proceden a realizar una serie de alegatos muy amplios en donde discuten la prueba, los allanamientos, los informes policiales y el cuadro fáctico que se tiene. El primer interviniente licenciado Arguedas Troyo, es enfático en exponerle al Juez González Rojas, sus fuertes críticas al proceder policial. Le indicó que

es falaz que se hayan dado vigilancias y seguimientos en los períodos que señala la policía judicial y concluye que debe darse la libertad a su representado pues las pruebas fueron manipuladas y falseadas. Invita al Juez señalado, a revisar dichas actuaciones y empaparse de los graves acontecimientos que, a su juicio, han ocurrido. En cierto momento de la exposición de todos estos alegatos propios de un juicio, el juez interviene y le dice que esos alegatos, ya fueron discutidos en una resolución anterior que ya está firme y que no los va a discutir de nuevo, que se limite a indicar si las condiciones de los imputados han variado o no para fundar su petición. El abogado defensor se dirige al señor juez en forma vehemente y le señala que respeta pero que no comparte su posición y de nuevo vuelve a retomar los alegatos expuestos acerca de la actuación de la Policía Judicial y que a su juicio las actuaciones fueron falseadas en perjuicio de los imputados. Le indica al juez que es necesario haberle explicado todo lo dicho y que necesariamente tuvo que hablar de todo el compendio probatorio para que el Juez pueda resolver y verifique que tiene razón con lo que solicita pues recalca que los informes policiales están viciados de falsedad. Cabe mencionar que se observa que ya en esta segunda exposición de alegatos por parte del citado abogado, el juez González Rojas no interviene, sino que los escucha todos. Posteriormente continua con el uso de la palabra la Licda. Sandra Camacho Méndez. Ella en forma más amplia que el primer recurrente, expone al Juez los vicios y los errores del procedimiento llevado a cabo por las autoridades de policía y por la Fiscalía. Expone acerca del **cuadro fáctico** tenido por acreditado para dictar las medidas cautelares, el cual señala que no está apoyado en prueba legal, critica las intervenciones telefónicas, los allanamientos practicados, en fin, ampliamente se refiere a aspectos muy de fondo, pero que a fin de cuentas, al igual y como lo señaló el primer recurrente, deben de referirse a ello, pues precisamente es el material que dio pie al grado de probabilidad o indicio comprobado de haber cometido delito y es el que objeta. Esta Cámara observa que a partir del registro de las 16:10 horas interviene el fiscal del Ministerio Público, el cual manifiesta y reconoce que la resolución atacada es una copia de las anteriores, pues nada ha variado. Refiere que los distintos defensores se han dedicado en esa audiencia a tocar aspectos de fondo que son propios del contradictorio y que, a pesar de eso se tiene que referir a una bitácora policial y lo hace. También el fiscal expone al juez acerca de los informes policiales, acerca de la identificación física de cada uno de los imputados del caso, pues refiere que a ellos la policía los ubicó mediante vigilancias y seguimientos y por ello se les identificó. Concluye explicando que luego de todo esto y mediante un allanamiento practicado, fueron detenidos algunos acusados del asunto. Esta Cámara de Casación procede a analizar el asunto desde un punto de vista bifronte, pues antes de analizar lo que en esencia el juez resolvió en la audiencia oral para confirmar la medida cautelar contra los encartados, es importante escudriñar lo ocurrido en esta primera parte de la audiencia oral señalada. Desde el punto estricto y técnicamente hablando, en primer lugar, al encontrarse el señor Juez González Rojas en esta audiencia y escuchar todos y cada uno de esos argumentos de las partes, pues

tanto los defensores como el mismo Fiscal, introdujeron a la audiencia todos los aspectos de fondo del asunto que les preocupaban. Se dirigieron al juzgador y hablaron de los informes policiales, de las bitácoras policiales, de las detenciones, del cuadro fáctico tenido en la especie, de la forma en que fueron identificados uno a uno los acusados por medio de vigilancias y seguimientos por parte de la policía Judicial y que culminó con la detención de los mismos, pues como le expresó el fiscal al Juez, se identificaron las características físicas de cada uno de los imputados en esas actuaciones policiales y se dieron allanamientos y detenciones y la única situación distinta es la del imputado J.C. y de allí que sólo respecto de este imputado las circunstancias variaron . Por experiencia se determina en la especie, que el juez al escuchar esto se empapa del asunto, toma conocimiento del caso en su fondo, más allá de la simple verificación de si hay o no cambio de las circunstancias que motivaron el dictado de la prisión preventiva, pues con los alegatos expuesto por los tres abogados concurrentes a la vista, que hablaron de aspectos propios de la fase plenaria, es iluso pensar que el juez no fue envuelto con tal conocimiento y que a partir de ese momento que escuchó y permitió a las partes que siguieran adelante con las exposiciones amplias que eran propias de la fase plenaria y que ponían en evidencia que se hablaba claramente de parte de los recurrentes que el indicio comprobado era basado en prueba falsa y que por ende, no podía sostenerse, ya tiene inicialmente una idea del caso. Nótese entonces que ya para ese momento (cuando han terminado las tres exposiciones, dos defensores y un fiscal), terminada la citada audiencia, el juez González Rojas textualmente indica que *"se retira por diez minutos para revisar unas cosas"*. Encuentra esta Cámara que a partir del registro de las 16:34 horas de la grabación, el Juez, luego del receso indicado, se reincorpora a la sala de debates y resuelve. Señaló que después de *"oír los razonamientos de los defensores y el fiscal resuelve"*. Con lo anteriormente dicho por el juzgador, reconoce que para arribar a la conclusión que iba a dictar, utilizó los argumentos dados por los defensor y el fiscal y revisó el sumario. Esto es, claramente se concluye que el mismo ya envuelto en el conocimiento que le fue dado por las amplias exposiciones de los tres letrados iba a resolver el asunto sometido a su conocimiento que era la apelación de la prisión preventiva. Se observa que el juzgador indica que el punto medular del reclamo de los abogados recurrentes es indicar que si un ex-imputado de nombre J.C. fue dejado en libertad por petición expresa del Ministerio Público y que fue una vez que se dieron cuenta que el informe policial donde lo involucraba y donde estaban los demás imputados que ellos representan y que estaban algunos en la sala de debates era erróneo con relación a este sujeto, pues en realidad no lo identificaron en las vigilancias realizadas por la policía, ni describían sus características físicas. Todo el informe estaba en entredicho. Al analizar estos alegatos, manifiesta el Juzgador que pese a esa circunstancia de ese sujeto J.C., el informe policial sigue ubicando a los demás imputados, (los que posteriormente fueron juzgados por él mismo). Refiere el Juez que la aclaración del informe de la Sección de Estupefacientes del Organismo de

Investigación Judicial está al folio 548, el cual **"revisa"** y aclara el juez que con relación a este sujeto J.C., no se le ubicó en las vigilancias, por eso se le dejó en libertad y que la situación es distinta con relación al resto de los acusados pues de acuerdo a ese informe policial los imputados A.,R., R.G. Y J. (**menciona todos esos nombres**) fueron vigilados para verificar los hechos y que fueron ubicados en dichas vigilancias y que dicho informe se mantenía vigente. Añade el juez de marras, que la petición del fiscal es porque no ubican a J.C. en esas vigilancias, pero que sí ubican a los demás imputados en las vigilancias y seguimientos. El Juez analiza el informe policial y dice textualmente: **" El informe que está aquí sigue ubicando a los demás imputados" " El informe sigue diciendo que ellos estaban ahí... y que no le ha sido presentado nada que varíe esa situación"** (Registro 16:38 30). Hay que recordar que líneas arriba el Juez mencionó todos y cada uno de los nombres de los acusados a los que ahora se refiere sin mencionarlos en forma expresa. Continúa el Juez de instancia indicando que ellos (sin hacer distinción de acusados) según el informe estaban ahí o sea en el lugar donde fueron vigilados o detenidos, eso es lo que se entiende pues se refiere tanto a la aclaración del informe policial y al informe policial inicial, que lo consigna según lo dijo. Manifiesta que el peligro de fuga persiste y que **" todo lo que se tenía que valorarse ya fue valorado"** sin que indique a que se refiere pero aclara que revisó y que verificó que las condiciones que dieron origen a la prisión preventiva no ha variado, que revisó y que no han variado nada y que la defensa no aportó ningún elemento para suponer que hubo algún cambio. Este estudio de los informes policiales se da sin duda alguna por el juez González Rojas, al establecer dentro de su análisis con relación a la desvinculación policial y jurisdiccional del sujeto J.C. y no así de los demás imputados presentes en la audiencia oral que presidía. Luego de lo anterior, el juez confirma expresamente la resolución que prorroga la prisión preventiva de los imputados. Estima esta Cámara de Casación que es evidente la contaminación procesal que tuvo el juzgador González Rojas al conocer de la apelación a la prisión preventiva de los imputados. Tal situación se confirma a la hora de emitir el dictado de la resolución oral que ratificó la medida cautelar impuesta a ellos. Tal y como se expone supra y de la reproducción del DVD, el juez González Rojas, procedió a escuchar todos y cada uno de los alegatos de fondo expuesto por las partes comparecientes a la audiencia oral, donde se le puso en su conocimiento de todos los puntos cuestionados y que atacaban los defensores particulares y que el mismo fiscal -a pesar de reconocer que eran aspectos de fondo propios del debate- también procedió a mencionar y a defender las probanzas policiales que contenía el expediente. Se establece que el juez mencionado bastantó, para tomar su decisión, tanto el informe policial que fue presentado al inicio de esta causa, como la aclaración al informe policial que dijo tener a la vista y que seguía vinculando al resto de los acusados, pues de viva voz como se expuso supra indicó: **" El informe que está aquí sigue ubicando a los demás imputados" " El informe sigue diciendo que ellos estaban ahí..."**. Se demuestra con lo anterior que el juez González Rojas, como quedó demostrado, se empapó del conocimiento de los

informes policiales que daban cuenta de la supuesta participación de los encartados A., R., R.G. y J. y refirió de viva voz que dicho informe los ubicada y que el informe sigue diciendo que ellos estaban ahí, entendiendo lógicamente este Tribunal de Casación que se está refiriendo a que dicha prueba los ubicaba dentro de una participación criminal en el delito investigado y que por eso confirmaba la prórroga de la prisión preventiva que conocía. Consideramos los suscritos Jueces de Casación, que aún cuando el juez González Rojas no emite formalmente un criterio de fondo, si valoró prueba importante (el informe policial y sus resultados) de modo que al juicio oral y público llega con un conocimiento y valoración previa de un elemento de prueba que se supone debía conocer originalmente hasta el debate y resulta que esa prueba es fundamental para este proceso, por constituir el desarrollo de todas las investigaciones realizadas para dar origen a esta causa. Por ende, como lo reclaman los recurrentes, es evidente que se ha violado el principio constitucional de imparcialidad del juzgador, pues luego de analizar la actuación del juzgador González Rojas, se determina -sin duda alguna- que a raíz de su participación en la audiencia y de lo resuelto por éste adquirió un claro e improcedente conocimiento de los puntos cuestionados por los defensores particulares y en general del caso que se iba a tener en debate con todas y cada una de sus particularidades, pues todas fueron expuestas por los abogados defensores en la vista oral del ocho de octubre del dos mil nueve, siendo claro igualmente que el juzgador indicado al conocer de la apelación y resolver de la forma en que lo hizo llegó con ese conocimiento señalado que apunta a que ya sabía de qué trataba el caso y cuales actuaciones policiales eran su base y que eran precisamente los puntos que los defensores iban a cuestionar ante el Tribunal de Sentencia, y al integrar el juez González Rojas dicho Tribunal sentenciador, lo colocaba en una situación diferente a la que tenían los otros dos co-jueces de sentencia, pues se daba entre ellos una clara e ilegal diferencia al tener éste un conocimiento previo del asunto, haber evaluado prueba y resuelto la apelación a la prisión preventiva, o sea su imparcialidad estaba comprometida, situación que a todas luces no puede ser admitida en nuestro sistema procesal penal. En razón de lo anterior, se concluye que, tal y como lo adujo la recurrente Engie Marín Pandolfi, en efecto el licenciado González Rojas sí comprometió su actuar posterior en el contradictorio oral y público, al participar en la vista señalada y luego dictar oralmente una resolución que como se analizó supra se nutrió del análisis del informe policial inicial y de la aclaración del informe policial que plasmó consideraciones asertivas sobre la existencia de los hechos acusados y participación de los justiciables en los mismos y acerca de la desvinculación policial y jurisdiccional del sujeto conocido como Juan Cornejo, que en un principio se ligó supuestamente a la organización criminal investigada. Así las cosas, se declara con lugar el **quinto motivo de la impugnación interpuesta** formulada por la recurrente licenciada Engie Marín Pandolfi a favor del imputado R. vinculado el mismo expresamente con la ampliación del recurso en relación con la participación activa del Juez Fernando González Rojas en el contradictorio luego de haber previamente

conocido de una medida cautelar de los imputados ya mencionados, valorando elementos de prueba del asunto. Como consecuencia de lo anterior, se anula la sentencia condenatoria que sobre este encartado se dictó por el delito de tráfico internacional de drogas, lo mismo que el debate que le precedió. Siendo que el motivo por el cual se anula el fallo es de carácter procesal y sustancial, en aplicación del numeral 443 del Código Procesal Penal por efecto extensivo, dado que los imputados W., A., R.G. y J. se encuentran en la misma situación procesal que R., se ordena también anular la sentencia condenatoria dictada en su contra. Se ordena de igual forma de inmediato el reenvío de la causa para una nueva tramitación conforme a derecho. El Tribunal de Juicio deberá proceder a la mayor brevedad posible a cumplir con la nueva sustanciación que aquí se dispuso, es decir, a resolver la situación jurídica de los justiciables con un nuevo debate y el dictado de la sentencia respectiva. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto a los otros motivos de las impugnaciones interpuestas por el justiciable R. y su representante licenciada Engie Marín Pandolfi, así como de la totalidad de los otros recursos que presentaron los licenciados José Antonio Arguedas Maklouf, José Antonio Calderón Vargas, y la licenciada Carmen María Amador Pereira.

13. Artículo 177 Inciso C del Código Procesal Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago]^{xv}
Voto de mayoría:

“II- En **su recurso de apelación** la querellante G, alega denegación de Justicia, invocando el artículo 41 de la Constitución Política. Estima que se le ha generado un agravio en tanto el Juzgador se esperó hasta el dictado de la sentencia para exonerar a su ofensora de toda pena y responsabilidad por un requisito de forma. En este caso, aduce la querellante, que el lugar de los hechos que extraña el juzgador, se desprende claramente de la querella y a lo largo del proceso. Se trató del patio de la casa de las partes, eso consta en el encabezado y en los hechos 1, 3, 4 y 5 de la querella en donde queda corroborado que los mismos ocurren en la casa en [...]. El lugar en donde acontecen los hechos nunca fue puesto en duda ni en la etapa inicial ni intermedia. No se realizó una prevención conforme al artículo 15 del Código Procesal Penal para advertir de esa situación. Finaliza diciendo la apelante que la querella es un todo y que en modo alguno se ha generado indefensión a la querellada quien ha tenido todos los medios y elementos para defenderse. Solicita se anule el fallo recurrido, y se declare a la querellada como autora responsable del delito de injurias. **EL RECLAMO SE ACOGE.** La interpretación hecha por el juzgador para absolver a la imputada resulta contraria a los artículos 2, 15 y 74 del Código Procesal Penal. Según se aprecia de la sentencia oral escuchada por ésta Cámara de Apelación mediante el DVD respectivo, el Tribunal

consideró que pese a la prueba existente no podía condenar a la querellada, dado que la pieza acusatoria adolecía de un defecto esencial, cual es que no se estableció el lugar en dónde ocurrieron los hechos, lo que en su criterio violentó el artículo 74 inciso c) del Código Procesal Penal, así como eventualmente la competencia del Tribunal dado que los acontecimientos pudieron haber ocurrido en Cartago, Turrialba o en cualquier lugar del país. El criterio seguido por el Tribunal no solo no resulta ajustado al contenido de la querella, sino que resulta excesivamente formalista, y contrario al principio de trascendencia que rige la actividad procesal defectuosa en nuestro ordenamiento procesal penal. En relación al principio de trascendencia la doctrina nacional ha indicado: *"Este principio retoma la máxima francesa "pas de nullité sans grief" es decir, que no hay nulidad sin perjuicio. En la actualidad cuando se acoge esta opción no sólo se está desechando la degeneración que puede haber sufrido el procedimiento para convertirse en un mero formulismo, sino que también se tiende a la posibilidad de atenuación del rigorismo, como una manera de hacer realidad el principio de justicia pronta y cumplida... Consecuentemente, el vicio solo tiene trascendencia en el tanto tenga un contenido; por ello, no basta la simple infracción a la norma procesal, si no se le ocasiona un perjuicio al interesado o éste puede ser subsanado"* (Cfr. ARMIJO SANCHO Gilbert. La actividad procesal defectuosa. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 1997. pp 529-530). Este principio se encuentra inserto en el artículo 177 inciso c) del Código Procesal Penal. Ahora bien, de la lectura de la querella presentada por la recurrente a folios 1 a 4, se desprende que en el hecho primero la querellante expone que su casa es colindante con la de la querellada A. En el hecho 3, se indica que el sábado 17 de octubre de 2009, alrededor de las 2:30 pm ante petición que le hicieron a la querellada para que no siguiera derramando gran cantidad de agua hacia sus patios, por cuanto estaba vaciando una piscina, la denunciada entró en ira y empezó a ofenderla de modo grosero, diciéndole entre otras cosas "sos una hijueputa, te vas a ahogar con el agua que estoy echando ballena, cerda asquerosa". Si se realiza una lectura aislada y formalista de la querella, podría pensarse que de la misma no se desprende donde ocurrieron los hechos, lo cual ciertamente es un requisito exigido por el artículo 74 inciso c) del Código Procesal Penal. Sin embargo, el encabezado de la querella deja claramente establecido que ambas, querellante y querellada, viven en [...], lo que se une a que en los hechos 1 y 3 se indica que sus casas son colindantes. Que el hecho se genera a partir de que supuestamente la querellada estaba virtiendo (sic) gran cantidad de agua de su piscina en el patio de la querellante. Por ende, no existe duda alguna de dónde ocurrieron los hechos (en [...], en el patio colindante entre las viviendas de ambas) y en todo momento leyendo integralmente la querella, es evidente que la querellada ha conocido con claridad la ubicación de los mismos, para efectos de poder ejercer su defensa, razón por la cual por el principio de trascendencia ya reseñado, no es posible decretar la existencia del vicio sobre el cual sustenta el señor Juez la absolutoria de la querellada. Además, de haber considerado

el Juzgador en su momento, que la querrela adolecía de ese vicio, debió haber prevenido conforme al artículo 15 del Código Procesal Penal, el saneamiento de la querrela como instancia de constitución que es. Lógicamente antes de realizarse el debate, precisamente al revisar la querrela cuando ingresó al Tribunal de Juicio, lo que nunca se hizo, ni fue alegado por la defensa en el momento en que se le dio audiencia conforme al artículo 380 del Código Procesal Penal. Por lo anterior, debe decretarse la nulidad de la sentencia únicamente en el aspecto penal y ordenar el reenvío para su nueva sustanciación en ese aspecto. Lo anterior, por cuanto la petitoria de la querellante se limitó en el recurso a *solicitar que se declare con lugar este Recurso de Apelación de Sentencia, que anule el fallo recurrido y declare a la querellada como autora responsable del delito de injurias*. Por ende, ni del contenido del recurso de apelación ni de la petitoria del mismo, se desprende que la recurrente haya impugnado el fallo en cuanto rechazó la acción civil resarcitoria y eximió del pago de las costas a la querellante, lo cual por el principio dispositivo que rige la materia civil, debe quedar firme.”

14. Teorías para la Determinación de la Ilícitud de la Prueba

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xvi}
Voto de mayoría

“III. [...] Con propósito de resolver las protestas formulas, considera esta Cámara pertinente detenerse en primer instancia, en la aclaración de algunos temas básicos relacionados con la prueba ilícita y sus implicaciones, no solo con el propósito de ponderar la fundamentación intelectual, fáctica y jurídica de la sentencia, en su licitud y suficiencia, conforme a las reglas del debido proceso y el derecho de defensa. **A.-**

Sobre la prueba ilícita, sus derivados (regla de exclusión) y excepciones.-

Dentro de una sociedad democrática, todas aquellas pruebas obtenidas, producidas, recolectadas o introducidas al proceso penal, al margen de los cánones legales y previamente establecidos, deberían excluirse de su consideración dentro del proceso penal, tanto por un interés privado de la defensa (en tutela de sus derechos y garantías), como por un interés superior y público, pues sin duda, a la colectividad le debe interesar la correcta aplicación del Derecho. Sin embargo, nuestra legislación como otras distingue entre los vicios que puedan afectar la validez de una prueba, entre aquellos denominados “absolutos” y otros “relativos”. Los absolutos, regulados en el artículo 178 CPP, no ameritan ninguna protesta previa y podrán ser declarados incluso de oficio, en cualquier momento; estos aluden a: (i) *la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o a los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario, vigentes en el país y la ley.* (ii) *Nombramiento,*

capacidad y constitución de jueces o tribunales. (iii) Iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento. Mientras los relativos, podrían haber sido convalidados (artículo 177 CPP), o bien, saneados (artículo 179 CPP), manteniendo su validez. Ahora dentro de la primera categoría, es decir, de los defectos absolutos una de las hipótesis alude a la inobservancia de derechos y garantías otorgados al imputado dentro de la Constitución Política o la normativa internacional aplicable; lo que alude a determinadas garantías judiciales que representan un quebranto al debido proceso, entre ellas, la consideración de prueba ilícita como fundamento de las resoluciones judiciales. Hablamos de **prueba ilícita** como *aquella prueba obtenida, incorporada al proceso o valorada en quebranto de los derechos fundamentales, que conlleva perjuicio para alguna de las partes del proceso.* En el contexto del derecho procesal penal se trata de la lesión al debido proceso (garantía judicial consagrada en el artículo 39 de la Constitución Política y en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8); pero también del quebranto de otros derechos fundamentales de todo ciudadano: la dignidad, la salud, la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, etc.. En Costa Rica la prueba ilícita no tiene valor, así lo establece el artículo 181 CPP: *“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporado al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. (...)”*. Es decir, la averiguación de la verdad real o material, no autoriza usar medios probatorios ilegítimos, así lo ha reiterado tanto jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos N° 1739-1992, 1422-1994, 2334-2000, 9127-2001), la Sala Tercera (votos N° 53-F-1992, 47-92-1992, 614-1995), como varios pronunciamientos de los Tribunales de Casación Penal (votos N° 66-F-1999, 422-2000, del Segundo Circuito Judicial de San José). Tampoco se acepta como válido utilizar pruebas directamente relacionadas o derivadas de prueba ilícita, que corresponde a la denominada “Teoría del fruto del árbol envenenado” (Cfr. Sala Constitucional, voto N° 2529-1994). Ambas situaciones (la eliminación de la prueba ilícita, así como de sus frutos) se conoce, especialmente dentro de la doctrina de Estados Unidos y Argentina, como la “Regla de exclusión”, es decir *“... la invalidez de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales, así como la transmisión de ese efecto a aquellos que son su consecuencia”* (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, 1ª ed., AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 2002, p. 33). Pese a ello (sea la supresión de la prueba ilícita y sus consecuencias) y dados los intereses involucrados, se crearon varias tesis o posiciones que procuraban conciliar entre los derechos y garantías del individuo sometido al proceso penal y el ejercicio de tutela judicial efectiva dentro de un Estado de Derecho; originando excepciones a esas exclusiones probatorias, proponiendo opciones diversas, entre ellas: la no contaminación de pruebas restantes; la desconexión causal entre la ilícita y otras obtenidas; eliminación de la condición ilícita de la prueba por asumirse el riesgo, etc. Algunas de esas excepciones son: **(i) Teoría de la supresión hipotética.** Se analiza

que una prueba será determinante y su invalidez afectará de manera esencial la motivación del fallo, si eliminada o suprimida, necesariamente la decisión del fallo hubiese sido distinta. Es una ponderación donde se examina si suprimido todo el valor probatorio de la prueba ilícita y sus derivados, la fundamentación sobre el reproche penal subsiste, ya sea, porque la prueba eliminada no era determinante, no era la única disponible, etc. La jurisprudencia de la Sala Constitucional la ha recogido, entre otros votos: “... la sentencia sólo será nula si una vez suprimidas del proceso las pruebas ilegítimas, las demás pruebas que sirvieron de base al tribunal son insuficientes para sustentar el fallo condenatorio” (Vid. Sala Constitucional, voto N° 8405-1999, de las 15:15 horas del 3 de noviembre de 1999). **(ii) Teoría de la fuente independiente.** Se aplica cuando el dato probatorio se puede obtener por otros medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la prueba ilícita (o sus consecuencias); es decir, aún suprimiendo la prueba ilícita (ejemplo, confesión mediante tortura) se logra arribar a las mismas conclusiones (ejemplo, el hallazgo del arma homicida, gracias a una allanamiento legal). Nuestra jurisprudencia también la ha recogido: “Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la licitud o no de una prueba, tenemos la teoría... de los frutos del árbol envenenado... que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa, denominada de la ‘fuente independiente’, según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución” (Sala Constitucional, voto N° 2529-1994). **(iii) Teoría del hallazgo o descubrimiento inevitable.** Se utiliza cuando la prueba ilícita (o sus derivados) se hubieran encontrado, de forma indefectible, por otras vía en el futuro de la investigación. Es una excepción muy cuestionada y sin duda requiere probar con certeza el descubrimiento legítimo e inevitable; siendo insuficiente la mera probabilidad. Un ejemplo de su aplicación se encuentra en el voto N° 125-2000, de las 10:36 horas del 2 de febrero de 2000, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: “... si se llegase a demostrar que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto u obtenido en forma inevitable o segura a partir de las investigaciones legítimas que ya se estaban llevando a cabo en ese momento, aquella será válida. Tal es la situación que se nos presenta en el caso de marras, donde... la maleta como tal, incluyendo obviamente su contenido, ya había sido secuestrada por las autoridades de policía con la debida fiscalización del juez penal (e incluso con la presencia del representantes del Ministerio Público y de la Defensa Pública), de modo que la acción desplegada por el coencartado... quien la abrió mediante el uso de la respectiva llave, en nada alteró el resultado de la investigación ya en curso”. **(iv) Teoría del riesgo.** Se

utiliza frente a pruebas que inicialmente se podrían considerar ilícitas, pero que pierden esa naturaleza, cuando el titular del derecho fundamental lesionado, asume el riesgo o da un consentimiento tácito para que sus manifestaciones (autoincriminates) o actos (delictivos), sean conocidos por otros sujetos. *“Inventada para valorar aquellos actos (principalmente confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias) y sus derivados, logrados mediante cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.. (...) Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste (...) graficado en palabras simples, el fundamento de basa en el razonamiento de que la justicia va a cuidar los derechos de los ciudadanos siempre y cuando éstos estén interesados en su preservación”* (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, 1ª ed., AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 2002, p. 102). En Costa Rica se ha aplicado esta teoría, así se ilustra en el voto N° 457-2003, de las 15:20 horas del 5 de junio de 2003, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en esa oportunidad se discutía la licitud del uso de los mensajes enviados por correo electrónico: *“ Llegado a este punto, conviene tener presente que en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, se ha expuesto la denominada **“teoría del riesgo”** como excepción a la regla de los **“frutos del árbol envenenado”**, teoría ésta que como es sabido tiene aplicación, cuando para obtener el material probatorio se violenten derechos fundamentales de forma tan decisiva, que contaminen con la misma invalidez los actos probatorios o procesales derivados de la infracción procesal originaria (regla de exclusión probatoria). Esta teoría del riesgo, que impide considerar como ilícita la prueba obtenida, se fundamenta en que en todas las actividades cotidianas de comunicación entre dos o más personas, quien hace revelaciones extraprocesales y voluntarias ante un particular, respecto a un ilícito o realiza actividades relacionadas con éste, asume el riesgo de que el interlocutor lo delate, de forma que ese conocimiento pueda aprovecharse en las investigaciones originadas o que pueda respaldar. Sí debe aclararse, que carecen de valor probatorio las manifestaciones vertidas por quien conoció los datos, en virtud de haberseles confiado por existir un deber de secreto profesional o en caso de que un funcionario omita cumplir una serie de garantías procesales de rango constitucional, estatuidas a favor de los justiciables (por ejemplo, una confesión policial sin contar con la presencia de abogado defensor, constituiría una prueba ilegítima). La teoría del riesgo se sustenta en el principio genérico de libertad probatoria y en el consentimiento tácito de quien puede prever que sus expresiones sean conocidas por otros, aunque no sean sus destinatarios originales. (...) Así, si en el caso conocido en esta sede se comprobó que los acusados formaron parte de una 'comunidad virtual' interesada en intercambiar información con cualquier persona que accediera a la página o los contactara vía correo electrónico (documentos e imágenes), para realizar actividades relativas a la instrumentalización*

de menores de edad, como parte de material pornográfico o como meros objetos para satisfacer sexualmente al grupo. Se autodenominaron incluso, como 'boys lovers' y en los mensajes de correo electrónico aportados, se identificaron expresamente como 'pedófilos' " (...)!" **(v) Doctrina de los campos abiertos o "plain view doctrine"**. Esta teoría se aplica especialmente a supuestos de allanamientos, los cuales por disposición expresa de ley, deben ser determinados, tanto sobre el lugar como el fin. Pues bien, la "doctrina de los campos abiertos" alude a las situaciones donde ya materializado el ingreso al domicilio, se encuentran a simple vista, evidencias inesperadas relacionadas con otras causas penales distintas a la investigada, o incluso, vinculadas a otro delito del que no se tenía conocimiento. (HAIRABEDIÁN , Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, 1ª ed., AD- HOC S.R.L., Buenos Aires, 2002, p. 113 a 120). Ejemplo, se ordenó el allanamiento para detener a una persona pero al ejecutarlo se encontró un cargamento de estupefacientes. Las anteriores, entre otras teorías (de la buena fe, del principio de proporcionalidad, la renuncia del interesado, etc.), constituyen paliativos a la exclusión probatoria."

15. Actividad Procesal Defectuosa y Etapas Procesales Precuidas

[Sala Tercera]^{xvii}

Voto de mayoría

"III. [...] Sobre la actividad procesal defectuosa que reclama el recurrente ocurrió en la etapa de investigación, al no comunicarle un dictamen médico forense, en aplicación del artículo 177 del Código Procesal Penal, se entiende que de haber existido una falta por parte del Tribunal, la misma se convalidó, tomando en cuenta que la defensa técnica y material se impusieron del conocimiento del contenido del mismo en etapas posteriores, tuvieron la oportunidad de impugnar los aspectos de fondo que consideraron pertinentes, sin que existiera ningún tipo de agravio respecto a la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Si bien, el recurrente plantea en la etapa preliminar su inquietud, en la etapa de debate, no hace referencia a la ausencia del pronunciamiento al respecto, convalidando el defecto, y dando cuenta de que conocía el criterio médico expuesto en el peritaje señalado, cuando ejerce su defensa en el contradictorio. En consecuencia, tomando en cuenta que el artículo 179 Idem, dispone en lo que interesa, que: *"...bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos..."*, esta Cámara considera que el acto mencionado por el recurrente se encuentra convalidado, resultando improcedente su reclamo en esta fase procesal. Por lo anterior, se declaran sin lugar los motivos de casación incoados."

16. Artículo 177 Inciso B del Código Procesal Penal

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{xviii}

Voto de mayoría

“I. [...] En cuanto a la protesta por actividad procesal defectuosa se declara inadmisibles, porque este tipo de protesta es un instituto procesal que está dirigido a atacar actuaciones y no resoluciones, pues estas últimas se atacan a través de los recursos previstos, si los tienen. Nótese que de la misma normativa que regula la materia se desprende claramente que únicamente sobre los actos -y no sobre resoluciones- puede declararse una actividad procesal defectuosa, pues el artículo 175 del Código Procesal Penal establece el principio general sobre actos, no sobre decisiones, igualmente el artículo 177 del mismo Código en sus incisos b), c) y párrafo final, dispone que la convalidación de la actividad procesal defectuosa, de existir, será sobre actos, no sobre decisiones. Finalmente, el artículo 179 del citado bloque normativo dispone el saneamiento sobre actos, no sobre resoluciones. Por lo anterior es claro que la voluntad legislativa, tratándose de la actividad procesal defectuosa, ha sido que se regule procesalmente para actos y no para decisiones, pues para estas últimas están previstos los medios impugnativos, si es que los tienen. En su oportunidad este Tribunal, mediante resolución 2011-209, resolvió lo que en su momento se había planteado mediante un recurso de casación, voto de casación que carece de recurso y por supuesto, carece también de protesta alguna. En igual sentido puede observarse el voto 2009-130 de las 15:00 hrs del 27 de marzo de 2009 dictado por este Tribunal de Casación Penal. En consecuencia se declaran inadmisibles por improcedentes el recurso de revocatoria y la protesta por actividad procesal defectuosa.”

17. Artículo 178 Inciso A del Código Procesal Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{xix}

Voto de mayoría

“I. **PRIMER MOTIVO:** Violación al debido proceso, por incumplimiento del acuerdo entre las partes dentro de proceso especial abreviado ante Tribunal de Flagrancia. 1. Argumenta el recurrente que dentro de la presente causa se pactó entre las partes la aplicación del proceso especial abreviado, esto por el delito de conducción temeraria y que en tal carácter se le aplicaría una pena de ocho meses de prisión, monto que contempla el rebajo del tercio que refiere el numeral 374 del Código Procesal Penal. 2. A pesar de tal acuerdo el Tribunal de Flagrancia le impone además de los ocho meses de prisión pactados como pena, una inhabilitación en la conducción de vehículos por el plazo de dos años, pena que no se le explicó debía aplicarse y que también es

susceptible del rebajo del tercio. 3. Alega que no se le explicó la existencia de la posibilidad de trabajo de utilidad pública como una alternativa a la pena de prisión, a la que se le puede rebajar el tercio también, ya que la referida norma 374 procesal no distingue a cual de las posibilidades punitivas se le puede aplicar el rebajo. 4. Sostiene que la actuación del tribunal es ilegítima, por cuanto el pacto establecido entre las partes para el procedimiento especial abreviado es un límite que se impone al juzgador y que éste debe respetarlo. Solicita se declare con lugar el motivo de apelación y que se anule la sentencia ordenándose el juicio de reenvío respectivo. (ver recurso de folios 19 a 28). ***El reclamo es atendible pero por razones diversas a las planteadas en el recurso.*** Se resuelven todos los puntos planteados en el motivo único de manera conjunta por ser conexos entre sí. Es cierto que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto 930-2013, estableció una línea jurisprudencial en el sentido del deber de respetarse la pena pactada cuando se trata del procedimiento especial abreviado. Sin embargo, este criterio tiene sus limitaciones, como lo ha dejado claro esta Cámara en diversos votos precedentes, en los cuales no solo ha expresado dicho criterio sino que lo ha citado y defendido, pero este pacto debe estar dentro dentro del marco de legalidad mínimo que indican las normas aplicables para el caso concreto. En el presente caso es evidente que dicha negociación no puede prosperar por cuanto es incompleta, ya que la norma aplicable, el artículo 261 bis del Código Penal, establece una pena principal, que es la de prisión, de uno a tres años, pero cuando se aplica ésta, también debe aplicarse una pena accesoria que es la inhabilitación, cuando refiere: "...*En todas las circunstancias anteriores, además se le inhabilitará para conducir todo tipo de vehículos de dos a cuatro años*". Queda claro que no es una potestad del juzgador, sino una obligación impuesta por el legislador ante todas las variables relacionadas con la conducción temeraria. Esta Cámara ha revisado cada uno de los registros digitales en los que se menciona el pacto de pena para el procedimiento especial abreviado y desde un inicio en que la defensa lo promueve, secuencia horaria 14:03:40 no se menciona que se haya enterado al encartado de este aspecto particular de tipo penal. La misma omisión se detecta cuando se pronuncia sobre la gestión el Ministerio Público, ya que a partir de la secuencia horaria 14:06:20 a 14:06:40, la fiscal a cargo se refiere al proceso abreviado y su anuencia, pero no menciona en absoluto respecto a la inhabilitación. Por su parte la juzgadora que tramita este proceso especial abreviado, se refiere al mismo a partir de la secuencia horaria 15:18:30 a 15:20:02, en la que refirió: "*Don R usted ha escuchado o ha podido escuchar que la defensa y el Ministerio Público han hablado de un procedimiento especial que es el procedimiento abreviado, significa que usted se sometería a un proceso en el que acepta los hechos que el Ministerio Público le acusa, acepta la pena que se ha pactado que en este caso es de ocho meses y se dicta una sentencia con base en la prueba que consta en el expediente y tomando en consideración su aceptación de los hechos, es decir no habría un juicio oral y público en el cual se determine si usted es absuelto o por el contrario es considerado responsable,*

me comprende, si me entiende, usted se encuentra de acuerdo con el sometimiento a este procedimiento especial, su decisión es libre, es voluntaria, usted está de acuerdo con la pena pactada, que es de ocho meses de prisión, don R, además es un requisito para la aplicación del procedimiento abreviado que usted acepte los hechos que el Ministerio Público le acusa, esa aceptación es la que le permite al juez tener certeza de que los hechos ocurrieron tal y como el Ministerio Público indica, sin su aceptación de los hechos no podríamos aplicar el procedimiento abreviado, usted tiene el derecho entre elegir declarar o guardar silencio, aclaro que para poder aplicar este procedimiento es necesario que usted acepte los hechos comprende, usted sabe que el Ministerio Público le acusa que el día 25 de agosto al ser aproximadamente las 17 horas en Bagaces, Guanacaste, Barrio El Arbolito, 75 metros de la Iglesia Católica, conducía un vehículo bajo los efectos del alcohol, esto es un vehículo tipo camión, marca Toyota, con una concentración de alcohol en aire de 0.98 miligramos por litro de sangre, usted entiende que el Ministerio Público es esto lo que le acusa, lo que le acabo de leer, usted acepta como ciertos los hechos que el Ministerio Público le está acusando, vamos a suspender un par de minutos para resolver la sentencia correspondiente". Como se aprecia, tampoco la juzgadora advirtió al encartado que ese conocimiento de la pena implicaba la inhabilitación como pena accesoria. Estima esta Cámara, que ante la omisión evidente el acuerdo logrado por las parte esta viciado le ilegalidad, ya que deja de lado la existencia de la pena accesoria como es la inhabilitación del encartado en la conducción de todo tipo de vehículo. En este sentido debe aclararse que si bien las normas del procedimiento especial abreviado contemplan la posibilidad de disminuir la pena, dicha disminución debe hacerse dentro de los parámetros legales, no puede ser mayor del tercio, en el presente caso no lo es, pero tampoco se puede dejar de lado los efectos de las penas accesorias, por cuanto no lo permite la ley, no es una opción. es una obligación, necesariamente la inhabilitación en el presente asunto debe ser aceptada por el encartado, por ser su aplicación una obligación del juzgador, al no advertirse al encartado de esta consecuencia punitiva carece de legalidad el pacto, lo mismo que la sentencia, pero por razones distintas aun cuando relacionadas, el pacto omite incluir una consecuencia accesoria de la pena como es la inhabilitación, la sentencia de proceso especial abreviado por su parte, incluye la consecuencia legal que contempla la norma, pero que no había sido manifiestamente aceptada por el encartado, estos aspectos, a criterio de esta Cámara, generan una evidente indefensión a la participación del encartado en el proceso, en los términos que indica el numeral 178 inciso a del Código Procesal Penal, debe entonces anularse la sentencia impugnada en todos sus extremos y remitirse el sumario a la oficina de origen para que ya sea que se tramite el procedimiento especial abreviado con todas las advertencias y consecuencias aplicables al caso, en su defecto si no es así, se tramite el proceso de juicio oral conforme a derecho corresponda."

18. Factibilidad de la Declaratoria de Nulidad de Oficio en Caso de Defectos Absolutos en el Proceso Penal

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

Voto de mayoría

“II. [...] el Tribunal de Juicio condenó a los tres encartados por el delito de estafa de menor cuantía, imponiéndoles a cada uno el quantum de dos meses de prisión, y a F., además se le condenó por el delito de resistencia agravada, imponiéndole la pena de un año y seis meses de prisión, otorgándole además a F. el beneficio de ejecución condicional de la pena (cfr. folio 111 vlto). El defecto que se aprecia en la sentencia y que obliga a su anulación se origina en la incorrecta calificación jurídica dada a los hechos acusados y tenidos por demostrados, en relación con el delito de estafa, lo que provocó a la vez que hubieran sido juzgados por un tribunal sin competencia para hacerlo. En criterio de esta Cámara, los hechos acusados y tenidos por demostrados en la sentencia son configurativos de los delitos de robo agravado y de resistencia agravada, y no del delito de estafa menor y resistencia agravada, como se resolvió en el fallo impugnado. Para que se configure el delito de estafa, a la luz de lo establecido en el artículo 216 del Código Penal, es necesario que el beneficio patrimonial antijurídico que obtiene el sujeto activo esté determinado causalmente por la inducción a error a que se somete a la víctima por parte del sujeto activo (a través de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o la ocultación de hechos verdaderos), error que es el que lleva a la víctima a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí, y de la que precisamente el sujeto activo pretende beneficiarse él o beneficiar a un tercero. Si bien, de acuerdo con la plataforma fáctica acusada y acreditada, los imputados, actuando conjuntamente y mediante un acuerdo previo y distribución de funciones, realizaron una puesta en escena para inducir en error al agraviado, lo único que en definitiva pretendían y consiguieron con todo ello fue trasladarlo a un determinado lugar y hacer que *"enseñara el dinero que portaba"*, pero sin que llegara a tomar disposición patrimonial alguna en su perjuicio, ni en beneficio de nadie, puesto que el dinero de la víctima llega a manos de los imputados en virtud de una acción de arrebato, y no porque la víctima dispusiera del mismo, tal y como se describe en el hecho 6: *"Acto seguido la acusada D. con el ánimo de hacer incurrir en el error le pidió a la víctima que enseñara el dinero que portaba a lo cual la víctima S. sumida en el error accedió y le mostró su billetera la cual contenía 220 dólares y 8000 colones en billetes de dos mil colones que recién había sacado del cajero automático del Banco Nacional de Siquirrez. En ese momento, la acusada D.B. con el ánimo de procurarse un beneficio patrimonial antijurídico, le arrebato al ofendido el dinero que tenía adentro de su billetera y lo introdujo en una cartuchera color negro con zipper que portaba dentro de un bolso. En ese instante el ofendido trató de recuperar con sus manos su dinero pero la imputada D.B. le dio a la esposa del*

ofendido S. que se encontraba en el sitio otra cartuchera color negro con zipper previamente sellado y lleno de papeles simulando que en ese estaba el dinero recién sustraído siendo que era idéntica en la que se introdujo el dinero momentos" (cfr. folios 108 vlto a 111 vlto. El resaltado fue suplido y la transcripción es literal). El arrebato implica una acción violenta contra las personas, de ahí que la conducta acusada y acreditada en la sentencia recurrida constituye un apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena con violencia sobre las personas, y como en la realización de dicha acción se da la participación de más de dos personas, el robo se agrava (artículos 212 inciso 3º y artículo 213 inciso 3º). El delito de robo agravado se sanciona con pena del prisión 5 a 15 años y el segundo con pena de prisión de 1 a 5 años (artículos 212, 213, 312 y 313 del Código Penal). En virtud de la pena con que se sanciona el delito de robo agravado, el órgano jurisdiccional competente para conocer de estos hechos lo es un Tribunal de Juicio integrado colegiadamente, lo anterior al tenor de lo establecido en el numeral 96, inciso primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que establece lo siguiente: "Los tribunales penales de juicio estarán conformados al menos por cuatro jueces y se integrarán, en cada caso, con tres de ellos, para conocer de los siguientes asuntos: 1.- De la fase de juicio, en los procesos seguidos contra personas que a la fecha de los hechos pertenecieron a los Supremos Poderes del Estado, o fueron por delitos sancionados con más de cinco años de prisión, salvo que corresponda el procedimiento abreviado". La correcta calificación legal de un hecho delictivo es parte integrante del debido proceso y es una cuestión jurídica indisponible, por tratarse de normas de orden público, al igual que las normas sobre la competencia de los Tribunales, por lo que el juzgamiento realizado por un Tribunal de juicio unipersonal cuando debió realizarlo uno integrado de manera colegiada (3 jueces), provoca una nulidad absoluta declarable de oficio según lo prevé el numeral 178 inciso b) del Código Procesal Penal. La declaratoria de nulidad de la sentencia en los términos expuestos no lesiona el principio de no reforma en perjuicio, a la luz de lo establecido en el numeral 465 párrafo 4º del Código Procesal Penal, en el tanto la calificación legal no forma parte del mismo. Asunto similar al presente ha sido resuelto de la forma expuesta por la jurisprudencia, según el siguiente pronunciamiento del extinto Tribunal de Casación Penal de San Ramón (la cual se comparte), y que si bien hace referencia al numeral 450 del Código Procesal Penal, dicha norma corresponde al actual 465 párrafo 4º antes citado. Al respecto se ha indicado lo siguiente: "Si a pesar de ello, y tomando en cuenta que la correcta calificación de los hechos es una cuestión jurídica indisponible para las partes por tratarse de la aplicación de una norma de orden público, el órgano jurisdiccional se conformó unipersonalmente, es claro que la única sanción procesal posible sería la nulidad de lo resuelto, al estar ante un vicio absoluto concerniente a la legítima constitución del Tribunal (artículo 178 del Código Procesal) Con base en lo anterior, al constatarse el referido defecto de fondo, mismo que a su vez ha determinado un vicio procesal de carácter absoluto concerniente a la conformación del Tribunal, se anula parcialmente la sentencia de mérito, sólo en lo que se refiere a la

condena penal dictada en contra del acusado. Esta decisión adoptada no tiene la virtud de afectar la garantía de la non reformatio in peius prevista por los artículos 432 y 451 del Código Procesal Penal en favor del encartado, pues el defecto que se ha hecho notar sólo atañe a la calificación jurídica del hecho, la que no está comprendida entre los aspectos que deben respetarse en el juicio de reenvío según lo dispuesto por el citado numeral 450, que al respecto sólo contempla que en dicha fase no podrá optarse por una pena más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni tampoco desconocer los beneficios que en ésta se hubieren acordado. Al respecto la jurisprudencia de la Sala Tercera (la cual comparten estos juzgadores) ha indicado que la calificación jurídica no forma parte del instituto de la non reformatio in peius, y - además- que su variación en sí misma no vendría a afectar al imputado en la medida que no se agrave la pena ni se le desconozcan los beneficios ya acordados: "... Estos hechos en realidad constituyen el delito de robo agravado previsto por los artículos 213 inciso 3º en relación al 212 inciso 3º y 209 inciso 7º, todos del Código Penal, y no los delitos de privación ilegítima sin ánimo de lucro y hurto agravado de menor cuantía en concurso material (artículos 191 y 209 del Código Penal) como lo razonó el tribunal de juicio. Debe agregarse que el delito de privación ilegítima de libertad no concurre en forma independiente, sino que se encuentra subsumido en el delito de robo agravado, porque la privación de libertad estuvo animada en el deseo de sustraer los bienes, es decir hubo un ánimo de lucro, lo cual descarta el tipo penal previsto en el artículo 191 ibídem y tampoco se dan los supuestos del secuestro extorsivo. Por todo lo expuesto y con ocasión del alegato por prescripción, debe esta Sala recalificar los hechos acusados al delito de robo agravado, sin que pueda agravar la pena impuesta, ni desconocer los beneficios acordados, en virtud de la prohibición de la reformatio in peius. Para tales efectos debe tomarse en cuenta, además, las potestades del Tribunal para calificar correctamente los hechos acusados, en la sentencia definitiva, conforme, artículo 397 del Código Procesal Penal. Con base en lo anterior -y según lo disponen el numeral 82 inciso 2º, en relación al 213, ambos del código de fondo citado- la acción penal por dicha delincuencia no está prescrita, toda vez que la figura del robo agravado está sancionada con una pena de cinco a quince años de prisión ... Esta recalificación del cuadro fáctico que aquí se ordena, no viene a afectar de ninguna manera la garantía procesal de la no reformatio in peius, pues la misma no abriga la calificación jurídica. Así lo ha sostenido esta Sala y lo ha ratificado la Sala Constitucional al afirmar que "... el instituto de la no reformatio in peius no se ve afectado con la actuación de la Sala Tercera de la Corte, en razón de que en nuestra normativa procesal penal tiene alcances muy reducidos, sólo relacionados con la especie o cantidad de la pena impuesta y los beneficios acordados, de donde se debe concluir que la Sala bien pudo modificar la calificación sin lesionar la garantía constitucional del debido proceso. Lo que no podía hacer, y no lo hizo, es aumentar la pena impuesta por el tribunal sentenciador, aunque estimara -como lo hizo- que la calificación legal que corresponde al hecho era diferente..." SALA CONSTITUCIONAL, voto N° 59-91, de las 14:10 hrs. del

11 de enero de 1991 ...". En este mismo sentido puede consultarse el voto de este Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Nº 2007-276 de las 10:05 horas del 18 de mayo de 2007, donde se indicó lo siguiente: "... En vista de lo actuado en este proceso, este Tribunal de Casación, por existir un vicio esencial que afecta la constitución del Tribunal de Juicio que resolvió este asunto, por motivos diversos a los alegados estima que procede anular la sentencia recurrida, y ordenar la sustanciación conforme a derecho. De previo es necesario advertir que el recurrente en la pretensión del escrito de impugnación, ha solicitado la nulidad del fallo de mérito (cfr. folio 71). En consecuencia, al acoger este Tribunal de Casación el recurso interpuesto pero por motivos diversos a los alegados, no podría existir violación al principio de non reformatio in peius, pues se está acogiendo la pretensión planteada por la defensa, en la medida en que no se estaría modificando la pena impuesta o los beneficios otorgados (artículo 451 del Código Procesal Penal). Ahora bien, entrando al fondo del asunto se considera que conforme a los hechos acusados, y a los que se han tenido por ciertos en el fallo de instancia, el presente proceso no debió ser fallado ni conocido en sede de juicio por un Tribunal con integración unipersonal sino colegiadamente. En efecto, según se desprende de la relación de hechos que el Ministerio Público acusó ... a J.H.A. del arrebato de un teléfono celular al ofendido, hecho que a juicio de la fiscalía se calificó como constitutivo de "robo simple" previsto en el numeral 212 del Código Penal. Ahora bien, aún cuando es claro que la acusación no individualiza el inciso del numeral 212 del Código Penal aplicable al caso, y de modo erróneo refiere el uso de la fuerza en las cosas, cuando también de modo excluyente menciona un acto de arrebato, esta última circunstancia era suficiente para integrar el Tribunal de Juicio colegiadamente y no en forma unipersonal. Debe recordarse que el acto de arrebatar un bien, conforme lo regula el numeral 212 inciso 3-) del Código Penal, es constitutivo no de fuerza en las cosas sino de violencia en las personas y, como tal, con una sanción abstracta prevista de tres a nueve años de prisión ... De tal modo que si el Tribunal de Juicio de San Carlos se integró unipersonalmente para conocer de este asunto, cuando lo cierto es que la pena eventualmente imponible encaja en un rango de tres a nueve años de prisión, por virtud de la aplicación de las reglas de competencia que se establecen en el numeral 96 bis inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual expresamente estatuye que: "Los tribunales penales de juicio se constituirán con uno solo de sus miembros, para conocer: ... Inciso 4: De los juicios por delitos sancionados con penas no privativas de libertad o hasta con un máximo de cinco años de prisión, salvo lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo anterior" (éstas dos excepciones se refieren a los casos de delitos contra miembros de los supremos poderes o de funcionarios equiparados), existe en lo actuado un vicio de naturaleza absoluta que debe ser corregido y advertido de oficio por este Tribunal de Casación Penal. Por lo expuesto, se declara de oficio la nulidad de la sentencia recurrida y del debate que la precedió. En consecuencia, se ordena el reenvío para la nueva sustanciación de la causa por un Tribunal con integración colegiada ..." (cfr. voto Nº 2007-00371 de las

11:15 horas del 5 de julio de 2007). En lo que respecta a la condenatoria por el delito de resistencia agravada, el que si bien en principio es de conocimiento de un juez unipersonal en virtud del quantum máximo de la pena que se podría llegar a imponer (5 años de prisión), igualmente debe anularse la sentencia respecto de dicho extremo, en virtud de que es menester que el Tribunal de Juicio valore si dicha delincuencia y el delito de robo agravado integran una unidad de acción, que como tal, resultaría inescindible, y por ello no sería posible mantener la condenatoria por resistencia agravada de manera independiente, si la misma concursa idealmente con el delito de robo agravado, lo anterior, en el supuesto de que se hubiera incurrido en la resistencia agravada para procurar la consumación del apoderamiento ilícito. El recurso de apelación interpuesto a favor del coimputado F. debe además favorecer en cuanto a sus efectos a las coimputadas D.B. y D., ello al tenor de lo establecido en el numeral 443 del Código Procesal Penal, norma que establece lo siguiente: *"Cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. (...)"*. Las razones por las que se decreta la nulidad del fallo evidentemente no implican motivos personales, atinentes sólo al coimputado a favor de quien el recurso de apelación fue interpuesto, de ahí resulta aplicable la citada norma. De acuerdo con lo expuesto, pero por razones diversas, se acoge el primer motivo del recurso de apelación en virtud de lo cual se decreta la nulidad de la sentencia impugnada, ordenándose juicio de reenvío para nueva sustanciación en la cual deberá respetarse la garantía de la non reformatio in peius, en el eventual caso de que se llegara a una decisión condenatoria se deberán respetar el monto de la pena así como el beneficio de ejecución condicional, acordados en el fallo aquí anulado, todo ello por no haber mediado recurso de los acusadores."

19. Actividad Procesal Defectuosa, Artículo 178 del Código Procesal Penal y Nulidad Absoluta

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{xxi}

Voto de mayoría:

“ÚNICO MOTIVO : Se reclama por parte de la defensora del imputado, violación al debido proceso, por cuanto según la recurrente la sentencia condenatoria se respalda en las declaraciones de los empleados del supermercado y en su requisita practicada por éstos, contrario a lo dispuesto en el numeral 189 del Código Procesal Penal. Solicita la recurrente que por contravenir la actuación de los testigos, las disposiciones legales sobre requisita, se declare ineficaz la sentencia y se absuelva de toda pena y responsabilidad al encartado. (Ver recurso de la defensora Barquero Díaz de folios 14 a 18). Una vez valorados tanto el fallo como los argumentos de la parte recurrente se estima que ***es atendible parcialmente el reclamo*** . Para efectos de no entrar en

confusiones respecto a lo que se resuelve por esta Cámara, se considera oportuno hacer las siguientes observaciones: En los presentes hechos se determinó que el encartado portaba dos objetos al momento de ser interceptado por la seguridad privada del local comercial afectado, una pachita de licor y un desodorante, en cuanto a la pachita, el encartado al ser cuestionado sobre dicho objeto, lo saca de entre sus ropas y lo coloca en una canasta, aspecto que debe ser considerado en forma independiente al otro objeto (el desodorante). Un segundo momento, aun cuando cercano temporalmente al anterior, implica la requisita de que es objeto el acusado por el oficial privado para recuperar el desodorante. Estas dos situaciones de diverso trato deben resolverse en forma separada, en el entendido de que los reclamos expuestos en el recurso se enfocan sobre el decomiso del desodorante se resolverá este aspecto primero.

A. SOBRE LA REQUISITA. L a valoración que se ha hecho en sentencia de primera instancia de la requisita realizada por los funcionarios privados de la empresa ofendida y que genera la obtención de la prueba que vincula al encartado con los hechos acusados. Se contó en sentencia con cuatro declaraciones, la del encartado, los dos funcionarios de la empresa ofendida que notaron el hecho y el oficial de la fuerza pública que atendió el llamado al lugar de los hechos. Cada uno se refirió a diversos aspectos, pero centrando la atención sobre lo que se reclama, sobre la incautación de los bienes. Los testigos mencionaron en su orden de intervención en el debate, primero R, administrador del Supermercado, lo siguiente: "al salir él lo abordó y llevaba dentro del pantalón la pancita y dentro de la bolsa el desodorante, solo pagó las cervezas, esto fue ayer en la mañana, entre diez y once de la mañana. Esto sucede en Pali Liberia, el Fox es la seguridad, él estaba en las cajas y le dije a él que se fijara si el cancelaba, él lo aborda y le pregunta qué pasó con los bienes, él se la sacó pero yo no vi, cuando llega fox los tenía en la mano..." (Ver secuencia horaria de 16:22:29 a 16:23:40, el subrayado que es suplido, lo destaca este Tribunal). Por su parte, el testigo E, Guarda Privado dijo: "cuando llega a cajas cancela solo cervezas y le pregunto por la pacha, se la saca de la pretina y la coloca en una canasta, se le sacó un desodorante speed estick de la bolsa derecha del pantalón y se toma la decisión de pasarlo a flagracia" (El subrayado es suplido, ver secuencia horaria de 16:24:10 a 16:24:43). Por último, el testigo S, oficial de policía, aportó lo siguiente: "ya habían decomisado una pacha y un speed stick azul que no había pagado, eso fue ayer tres de diciembre el Pali queda el costado norte del Palacio Municipal, no se hace acta de decomiso porque los bienes estaban en el mostrador de la caja también estaba M al lado de la caja, estaba el vodka y el desodorante y dos cervezas que él tenía ya pagas, dicen que llevaba los bienes en las partes genitales..." (Ver secuencia horaria de 16:25:03 a 16:26:09 a 16:27:38). De estos aportes testimoniales se desprende claramente que quien procede al decomiso de los bienes es el testigo E, encargado de la seguridad privada al momento de ocurrir el hecho, tal y como lo ha planteado la

parte recurrente, quien cuestionó el acto de incautación de prueba en el momento de las conclusiones. Sin embargo, este cuestionamiento no fue aceptado por el juzgador de instancia, quien sí lo resolvió y sobre el mismo señaló: *"...el Tribunal considera que la forma en que el oficial E lo intercepta a usted no viene a decir que se le haya vulnerado ningún derecho, hay que tomar en cuenta primero que nos encontramos ante un asunto de Flagrancia y en este caso el oficial don E había sido informado por don R que le había dicho que efectivamente que usted había ingresado y se había apoderado de bienes, que no los llevaba en el momento de acercarse a la caja, entonces esta situación hace que el oficial le intercepte a usted le pregunta por la pacha siendo que inmediatamente que él lo requisita a usted encuentra el desodorante, mismo desodorante que anunció el ofendido que efectivamente usted se había acercado donde estaban ellos y se los había sustraído tanto el desodorante como la pacha. Si bien es cierto, la requisita se realizó únicamente para encontrar este desodorante, lo cierto es que esta forma de revisión que se le hace a usted de una manera superficial no elimina que usted se haya sacado de sus genitales de la pretina, este licor y se lo haya entregado al oficial, este aspecto hizo que el oficial tuviera que requisarlo a usted y el Tribunal considera que ese aspecto no es ilegal". (Secuencia horaria 16:37:06 a 16:39:31). No se cuestiona, por parte de esta Cámara, la flagrancia dentro de la que desarrolla el hecho acusado, sino la legalidad de la requisita de la que fue objeto el acusado y que permitió el hallazgo de los bienes sustraídos. Lo importante acá es establecer qué permite la flagrancia a nivel procesal. En este sentido, recuérdese que esta figura ya se encontraba regulada desde hace muchos años en el numeral 236 del Código Procesal Penal. Lo que no existía era un proceso especial para su juzgamiento. A partir del 4 de marzo del 2009 mediante la ley número 8720, se adicionó a nuestro ordenamiento procesal penal, un procedimiento expedito para juzgar delitos en flagrancia. La finalidad es que estos hechos sean juzgados con mayor prontitud en virtud de tratarse de asuntos sencillos, que no requieren mayor investigación. Sin embargo, la detención de una persona en flagrancia y la aplicación en su caso del procedimiento para su juzgamiento, no son figuras permisivas, ya que tanto una como el otro deben realizarse respetando los lineamientos legales establecidos. Ciertamente existen algunas excepciones, como la intervención de un particular y el ingreso a una morada sin autorización cuando se escuchen gritos de auxilio dentro de un inmueble (Art. 197 del Código Procesal Penal) o la detención en fuga de un sujeto que interviene en un delito a manos de particulares. No obstante, estas son circunstancias que no permiten que las personas que así actúan, se arroguen la actuación de todas las fases policiales y procesales. Lo importante y permitido es que se evite que el delito progrese y custodien al responsable, pero no que realicen ulteriores actos de investigación, cualquiera que sea. El caso de la requisita, que interesa en este recurso, está prevista en el numeral 189 del Código Procesal Penal el que refiere:*

“ARTÍCULO 189. Requisa. El juez, el fiscal o la policía podrán realizar la requisa personal, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. Antes de proceder a la requisa, 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. Las requisas de mujeres las harán otras mujeres. Se elaborará un acta, que podrá ser incorporada al juicio por lectura”. La requisa es una actuación que el legislador ha limitado subjetivamente a tres funcionarios, policía, fiscal y juez, sin hacer excepción alguna para casos de flagrancia. Se puede cuestionar si la condición de oficial de seguridad privada, ostentada por el testigo, le permitiría realizar la referida requisa, sin embargo, la ley especial denominada "Ley de servicios de seguridad privados Número 8395", en su numeral 45, regula el tema de la requisa cuando dice: "Artículo 45.- Prohibiciones. Prohíbese a las personas físicas o jurídicas y a los agentes: ...C) Detener, aprehender, interrogar requisar...", coincide entonces esta normativa especial, con la general ya reseñada del Código Procesal Penal. Esta limitación legal impide la intervención de terceros, como en el presente caso del testigo E, ya que él no se encuentra autorizado a esos efectos por la referida norma. Lo ideal es que éste y los otros empleados de la empresa ofendida hubieran custodiado al sospechoso hasta que llegara una de las personas legalmente autorizadas para efectuar la requisa. Por ello la revisión realizada por el deponente E es claramente ilegal, por más flagrancia que exista. El procedimiento previsto para juzgar delitos en flagrancia, es un mecanismo que permite un rápido juzgamiento de los hechos, no para permitir la violación de las disposiciones que legalmente están previstas ante ciertos actos procesales, como lo es la requisa. Su vulneración va en contra de los intereses de los individuos y de un debido proceso. La irregularidad en que fue ejecutada la diligencia que se analiza, hecha por el testigo E, hace que la prueba de ella obtenida sea ilegal, por establecerlo así el artículo 181 del Código Procesal Penal, el cual refiere: *“ARTÍCULO 181.- Legalidad de la prueba. 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.”* Estas disposiciones deben ser relacionadas con lo indicado en el numeral 178 inciso a) de la misma normativa procesal, en el tanto el aporte de dicha prueba constituye una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto, por efectuarse en contra del derecho vigente.

20. Nulidad Saneable y Nulidad Absoluta

[Sala Tercera]^{xxii}

Voto de mayoría

“I. [...] Pese a que se alega errónea aplicación de la ley sustantiva en lo que respecta al delito de homicidio, al darle fundamento a su alegato, los recurrentes cometen el error de controvertir el marco fáctico, tal y como se tuvo por acreditado. Tal práctica no es factible tratándose de vicios por errónea aplicación de la ley sustantiva. No puede obviarse que, como todo medio de impugnación, el recurso de casación, en su formulación actual, se encuentra sometido a las reglas generales de la impugnación, en el tanto, únicamente puede dirigirse contra las resoluciones previstas como recurribles, y sólo por quienes se encuentren legitimados para recurrir. Así, desde el punto de vista de impugnabilidad objetiva, el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación de Sentencia, y, de acuerdo con los presupuestos de impugnabilidad subjetiva, todas las partes se encuentran legitimadas para recurrir (artículos 437, 467, 468 y 469 del Código Procesal Penal). Esto implica que no se puede cuestionar lo resuelto por el Tribunal de Juicio, sino, solo lo emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia. De conformidad con el artículo 468 inciso b), se establece la posibilidad de que una sentencia sea impugnada cuando se inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. En este último caso, se prevé el reclamo por una errónea aplicación de la ley sustantiva (vicio in iudicando), por omisión o errónea aplicación al marco fáctico tenido por cierto, por parte de los Jueces de apelación; o, la aplicación incorrecta del precepto legal, en la que el Tribunal se hubiese equivocado al momento de interpretar su contenido. Al punto, conviene recordar que, tratándose del recurso de casación por el fondo, no es posible entrar a un tercer examen de lo resuelto. Por el contrario, el recurrente debe respetar el supuesto de hecho consolidado en la resolución que impugna. De modo que, por esta vía, no se puede revisar o controlar la solución al problema probatorio que precedió a la determinación de los hechos, sino que, toda discusión probatoria debe terminar en el examen que realiza el Tribunal de Apelación de sentencia, único competente para revisar la valoración de la prueba que hizo el Tribunal de Juicio. Tal interpretación resulta acorde con el artículo 471 del Código Procesal Penal, el cual indica: *“La Sala de Casación que declarará inadmisibile el recurso cuando no se cumplan los requisitos legales para su interposición, según lo establece el artículo 469 anterior; además, cuando la resolución no sea recurrible, la parte no tenga el derecho de recurrir, cuando el recurso tenga como finalidad modificar los hechos probados, o cuando el recurso sea absolutamente infundado, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen...”* En la especie, lejos de fundamentar de qué forma el Tribunal de Apelación de Sentencia aplicó erróneamente la ley sustantiva, los impugnantes se ocupan de brindar su propia interpretación sobre lo ocurrido, desconociendo además

el cuadro fáctico acreditado, al punto que señalan que no es cierto que luego de la acción homicida, los inculpados continuaran en la ejecución del robo, situación que forma parte del elenco de hechos probados, y es el criterio más relevante en el cual el Tribunal de Apelación afinca sus apreciaciones en torno a la corrección de la calificación jurídica. Por dichas razones, corresponde declarar **inadmisible** la primera parte del motivo único de casación, formulado por los defensores particulares de L.G..

[...] III . [...] De inicio, cabe indicar que los recurrentes entremezclan vicios de fondo y de forma dentro del motivo único de casación, lo que por sí mismo, implica que el reclamo es informal y debe declararse inadmisibile. Pero además, el control por violación a un precepto legal procesal (*vicio in procedendo*) se refiere a la inobservancia de las normas que establecen una forma procesal o la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva, sea, de los preceptos que tutelan el procedimiento, que disponen el cumplimiento o la forma en que deba verificarse el acto procesal. En estos casos, para que el recurso proceda deberá dirigirse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación, quedando a salvo lo referido a la verificación de defectos absolutos, conforme el artículo 178 del Código Procesal Penal. Al respecto, la más autorizada doctrina establece que: “[...] *Es vicio en la actividad y no en el juicio. Se refiere a la regularidad de los actos del proceso y de éste en general, por lo cual se vincula directamente con el sistema de sanciones procesales. La inobservancia en el trámite para llegar a la resolución impugnada puede consistir en la omisión de uno o más actos de participación de un sujeto procesal, inoportunidad de un acto cumplido o deficiencia estructural en su integración o de modo en su manifestación, o cumplimiento de modo distinto al previsto. En todo caso el defecto debe influir en el pronunciamiento en forma decisiva [...] El vicio puede consistir en la inobservancia de las normas referidas a la persona del juez e individualización del imputado, a la indicación del hecho y su calificación legal, a la fundamentación y a la regularidad del dispositivo. En todos los casos debe haber conminación de nulidad [...]*” (CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Rubinzal –Culzoni Editores. Buenos Aires, tomo II, p.285, no indica año de publicación). Una vez establecido lo anterior, resulta claro que los reclamos en cuestión, no cumplen con los requerimientos procesales señalados. No existe norma procesal vulnerada, ni agravio en la actuación que reprochan los co-defensores. Estos invocan como vicio en cuanto a la aplicación del procedimiento, la variación de estatus de testigo a imputado, lo cual no se encuentra vedado en nuestra normativa procesal, siempre y cuando se garantice la oportunidad de ejercer la defensa. La inclusión de L.G. como imputado, en todo caso, ocurrió en un momento en el que aún era factible para las partes ofrecer prueba, pues no había señalamiento para audiencia preliminar. En nuestro ordenamiento jurídico, se ha eliminado la nulidad por la nulidad misma, y en ese tanto, lo que invoca como agravio el sindicado, no es más que una inconformidad suya con el manejo del expediente, que

no tiene asignadas las consecuencias procesales que señala la defensa. Además, se constata que al justiciable se le indagó previo a formular la nueva acusación (fs. 333-334), y que la pieza acusatoria que fue trasladada al Juzgado Penal, es la que incluye a L.G. como co-imputado, y no la anterior que lo señalaba como deponente (f. 354). El alegato consistente en que se habrían utilizado para condenarle, prueba producida por el encartado en su condición de testigo, también es inadmisibles por infundamentado. Nótese que los impugnantes omiten establecer cuál es la prueba ilegítima, en las condiciones dichas, que habrían tomado en cuenta los juzgadores, y por qué resultó de relevancia para la averiguación de la verdad en la situación particular. Debido a que la parte incumple en cuanto a la demostración de agravio en relación con el incumplimiento procesal que invoca, y que el reproche de valoración de prueba espúrea carece de fundamento, lo que procede es declarar **inadmisibles** el tercer reclamo correspondiente al motivo único de casación, interpuesto por los licenciados Picado Herrera y Morales Mora.”

21. Saneamiento

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{xxiii}

Voto de mayoría

“ÚNICO: A folio 415 del expediente consta que en el escrito de interposición del recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública Katherine Angulo Pizaro, se hizo la respectiva solicitud de audiencia oral conforme al artículo 465 del Código Procesal, sin que esta Cámara realizara el respectivo señalamiento previo al dictado de la sentencia resolviendo el recurso. Bajo estas circunstancias, se produjo un vicio de tramitación que implica violación al derecho de defensa al no escuchar de forma oral los argumentos de la recurrente. Así las cosas y por encontrarnos ante un vicio de carácter absoluto, de conformidad con el artículo 179 del Código Procesal Penal, se procede a realizar el respectivo saneamiento de la omisión de dicho acto procesal, se dispone la nulidad del voto número 186-13. De igual manera se declara la inhibitoria de los jueces de este Tribunal de Apelación que integramos en la resolución del recurso, para que dicha impugnación sea resuelta por la otra sección de esta Cámara Judicial. Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto: *"En asuntos similares, esta Sala ha anulado sus propios fallos cuando verifica un vicio causante de grave indefensión. Entre otros, el Voto. 130-98, de 8:50 hrs. del 20 de febrero de 1.998 (en el mismo sentido ver Voto 417-2003, de 11:53 hrs. del 15 de mayo de 2003 del Tribunal de Casación Penal), en ese caso se incurrió en graves defectos, insuperables por la vía de la adición y aclaración, pues corregirlos supondría una modificación esencial a lo ya dispuesto. Ante tal situación, reconociendo los citados errores, los suscritos Magistrados optan por anular y dejar sin efecto la sentencia*

referida en todos sus extremos, decretando la inhibitoria de quienes concurrimos a pronunciarla para que una Sala integrada por Magistrados Suplentes proceda al estudio y resolución de los recursos de casación presentados en autos. Esto vino a acabar con un tema considerado poco menos que un tabú, como es la imposibilidad de anular la propia resolución. Destruye el mito, según el cual las resoluciones judiciales solamente pueden tornarse ineficaces por la vía de los recursos previstos por la ley, pues se ha valorado una situación de justicia contra la taxatividad de los medios de impugnación y la Sala ha decretado la nulidad de su sentencia. En realidad, se han confrontado los principios de intangibilidad de la sentencia y la tutela judicial efectiva, pesando más esta última, pues se ha dispuesto la ineficacia del fallo de casación para reponer a una de las partes -a quien se había causado indefensión- en sus derechos procesales. La situación no deja de ser incómoda, pues en Costa Rica no existe un instituto similar al llamado recurso de anulabilidad para la rescisión de la sentencia, lo que ha obligado a la creación jurisprudencial de un remedio, actuación totalmente compatible con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicho medio impugnatorio está previsto en los ordenamientos de España y Francia, para el caso del condenado en contumacia una vez aprehendido y notificado del fallo, y también en el sistema alemán, cuando la condena se produce en ausencia por error en la citación del acusado. (Sobre el tema V.: GARBÉRÍ LLOBREGAT, José: Algunas reflexiones sobre la naturaleza del recurso de anulación penal, «Revista Canaria de Ciencias Penales», N° 2, dic. 1.998.)(...) Por su parte, el recurso de anulabilidad en sí implica un iudicium rescindens, esto es la rescisión de la sentencia impugnada en anulabilidad, y su efecto es el iudicium rescissorium o el enjuiciamiento ex novo. La resolución de la Sala Tercera antes citada, realiza -por vía de una solicitud de adición o aclaración- el iudicium rescindens de su propia sentencia, a la vez de disponer la inhibitoria para el juicio rescisorio; esto es, declara la ineficacia de su propia sentencia y dispone el conocimiento del recurso por una integración de suplentes. En el fondo es una situación no igual, pero similar al recurso de anulabilidad, por las razones de justicia que el mismo viene a tutelar, de donde puede afirmarse que -por vía jurisprudencial- se ha creado este procedimiento de rescisión de la sentencia de casación y la restitutio in integrum del conocimiento y resolución del recurso por el tribunal de alzada. Este balance de principios jurídicos, que solamente pretende la justicia, ha implicado un replanteamiento del problema por parte de esta Cámara, pues en tratándose del imputado o una de las partes del proceso, la tutela judicial efectiva es inherente al principio de inviolabilidad de la defensa y, ante ella, debe ceder -como ya lo ha dispuesto -el principio de intangibilidad de la sentencia-, por supuesto deben imponerse límites, porque resulta inaceptable -por atentatorio contra la seguridad jurídica- una apertura total, pero no es este el momento oportuno para referirse a este tema."

(Resolución 285-2004 de la Sala Tercera). En concordancia con lo anteriormente resuelto por la Sala Tercera, se cuenta con el pronunciamiento de la Sala

Constitucional, que en relación con el tema de las vistas ha dicho: "*Audiencia oral. Esta Sede ha sido conteste al señalar que toda decisión del órgano jurisdiccional debe estar debidamente fundamentado, y la resolución que acepte o rechace cualquier intervención del imputado en el proceso, como sucedió en el caso concreto, no escapa de esa condición. Sobre este extremo esta Sala en la sentencia número 07321-00, de las diecisiete horas con quince minutos del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, indicó: (...) V.- Efectivamente, si se parte de que el operador judicial debe tutelar el respeto, en un sentido amplio, de las garantías que se consideran fundamentales y como tales se tiene, indiscutiblemente el respeto al debido proceso, a la defensa y al acceso a la justicia, se tiene que en el caso concreto tales garantías han sido lesionadas con las resoluciones indicadas por cuanto, si el ordenamiento le otorga al imputado su derecho de intervenir en el proceso, de traer al proceso toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de las partes contrarias, de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo y de hacerse oír por el juez, garantía esta última que se refuerza en el artículo 91 del Código Procesal Penal, que debe ser interpretado extensivamente de conformidad con el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, cuando dice que el imputado tendrá derecho a declarar cuando lo estime indispensable siempre que su declaración sea pertinente y a su vez, el artículo 442 párrafo tercero le otorga al imputado el derecho de hacerse oír cuando se ha interpuesto un recurso de apelación, (...) pero a pesar de todo ello, el Juez de manera arbitraria se niega a otorgar la audiencia, a evacuar prueba importante mediante resoluciones que son absolutamente carentes de fundamentación (...) En esa misma línea de ideas, es importante revisar lo dispuesto por el numeral 441 **(463 del actual código)** del Código Procesal Penal: 'Si, al interponer el recurso, al contestarlo o adherirse a él, alguna parte ofrece prueba que deba ser recibida en forma oral, o considera necesario exponer oralmente sus alegaciones, o bien, cuando el tribunal la estime útil, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia. Quien ha ofrecido esa prueba tomará a su cargo hacerla concurrir a la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con aquella que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes...'."Del antecedente transcrito supra, se extrae que la realización de la audiencia, se fija, no sólo para la recepción de prueba, sino además, como expresamente señala el numeral 441 **(463 del actual código)** del Código Procesal Penal, se podrá celebrar cuando alguna parte considerara necesario exponer oralmente sus alegaciones. Así las cosas, el derecho del imputado de intervenir en el proceso, de traer al proceso toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de las partes contrarias, de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo y de hacerse oír por el juez, sólo podría ser rechazado por la autoridad jurisdiccional emitiendo una resolución debidamente razonada, que justifique y de fundamento a su decisión, caso contrario el juez estaría obviando su obligación de pronunciarse debidamente cuando se le solicita algún medio de prueba,*

ya sea considerándola impertinente o acogéndola para su evacuación, pero siempre debe razonar su decisión. (...)" (Resolución número 10436-05 de la Sala Constitucional. Lo escrito entre paréntesis y negrilla se adiciona). Queda claro entonces que ante la solicitud de vista, no existe la opción de denegarla en forma infundada y mucho menos resolver el fondo del asunto sin pronunciarse sobre su solicitud. Ante tal situación, para evitar causar un mayor perjuicio a la parte interesada, por economía procesal y en tutela del principio de justicia pronta y cumplida, esta Cámara procede a anular el voto en los términos indicados."

22. Defectos Absolutos y Artículo 178 del Código Procesal Penal

[Sala Tercera]^{xxiv}

Voto de mayoría

“V. Algunas breves consideraciones sobre los defectos absolutos. Nuestro Ordenamiento Jurídico positivo advierte que no resulta indispensable que los sujetos procesales protesten de previo ante el acaecimiento de defectos de carácter absoluto, pues pueden detectarse de oficio, en ese sentido el ordinal 178 estipula los siguientes: *“ a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley. b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales. c) A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento”.* Al respecto Llobet afirma: *“(1) Los defectos absolutos tienen las siguientes características: a) pueden ser advertidos de oficio, b) el vicio puede ser alegado por cualquiera de las partes y no sólo por la interesada; c) no se requiere de protesta previa del interesado y d) no se produce la convalidación del vicio (Véase: Sala Tercera, voto 86-2005 del 11-2-2005)..”* (Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado), 4º edición, editorial jurídica continental, 2009, página 314). Bajo esa tesitura, el inciso a) del artículo 55 del Código Procesal Penal, estipulado en el Capítulo II, de Excusas y recusaciones, contempla la obligación del juez de excusarse de conocer en la causa, cuando hubiese intervenido como abogado defensor en ese mismo proceso. A modo de ilustración, en un caso análogo esta Cámara, en resolución reciente N° 2012-844, de las 14:33 horas, del 30 de mayo de 2012, descartó el perjuicio contra el encartado, al demostrarse lo siguiente: *“Mediante pronunciamiento oral, según registro DVD, c00011001151251 vgz, secuencias 10:06:12 a 10:37:57, la licenciada Silvia Hernández Soto y del licenciado Joe Campos Bonilla, miembros integrantes del Tribunal Colegiado, declararon sin lugar la recusación planteada por el recurrente, al considerar que en el caso concreto, el licenciado Alfredo Arias Calderón no ejerció una participación efectiva a favor de alguno de los acusados, de quien ni siquiera fue el defensor público nombrado, que su*

*comparecencia obedeció a verificar la naturaleza de un acto, del cual el garante era el representante del Ministerio Público, decisión también motivada en la jurisprudencia de esta Sala, sentencia número 2002-522, de las 10:05 horas del 7 de junio de 2002; 1995-398, que señala lo siguiente: "...Al respecto, debe tenerse en cuenta que según ha interpretado esta Sala, para que se proceda a separar al juez en el conocimiento de una causa, por haber figurado como defensor público en la misma sumaria, su participación aunque haya sido ocasional o momentánea, debe haber sido **efectiva** (cfr. fallo N°. 356-F-90, de 9:30 horas del 30 de noviembre de 1.990)". Lo resaltado pertenece al texto de origen. Es decir, la intervención efectiva de un patrocinio letrado, se debe reflejar del **pleno ejercicio** del derecho fundamental de defensa, que implica la asesoría técnica en las distintas fases del proceso penal, el agotamiento de los recursos previstos en la ley penal adjetiva, etc. Tal como lo contemplan los numerales 12, 13, 82, 95, 100, 101, 102, 174, 175, 304, 316, 317, 352, 355, 437 siguientes y concordantes del Código Procesal Penal".(Lo destacado pertenece al texto de origen). En resumen, no es suficiente señalar que existe un defecto absoluto, sino que la parte interesada está en la obligación de demostrarlo so pena de declararse inadmisibles los alegatos."*

23. Protesta por Actividad Procesal Defectuosa de Carácter Absoluto

[Sala Tercera]^{xxv}

Voto de mayoría

"V. PROTESTA POR ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA DE CARÁCTER ABSOLUTO. En libelo visible de folios 3257 a 3259, el licenciado Andrés Alberto Retana Vargas, en representación del Ministerio Público, interpone Actividad Procesal Defectuosa de carácter absoluto contra la sentencia número 2012-576 de las nueve horas del veintiséis de julio de dos mil doce, emitida por el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sede San Ramón; la cual declaró con lugar el quinto motivo del recurso de apelación interpuesto por el defensor particular licenciado José Arguedas Macklouf, y se ordenó remitir el conocimiento de la causa a la etapa intermedia. Señala que el mandato jurisdiccional de reenviar el expediente a la etapa intermedia, el Tribunal incurre en una ordenanza totalmente viciada, y ajena a la naturaleza de los planteamientos de los recursos de apelación de sentencia, la cual riñe de manera grave con la normativa procesal penal, causando una actividad procesal defectuosa de carácter absoluto al ordenar que se conozca nuevamente de un procedimiento cuya eventual aplicación debía instaurarse en una etapa ya precluída, y que si bien el artículo 467 del Código Procesal Penal faculta al Tribunal de Apelación a ordenar un juicio de reenvío, no faculta este artículo a ordenar el reenvío a una etapa ya precluída como es la intermedia, sin que exista una evidente lesión procesal a cualquiera de las partes que torne indispensable el retornar a ese estadio procesal, o bien como pareciera hacerlo el tribunal, que en fase de juicio se conozca

sobre la aplicación del abreviado, lo cual es contrario a derecho. **LA GESTIÓN RESULTA INADMISIBLE.** La Actividad Procesal Defectuosa se aplica exclusivamente contra los actos realizados con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en la ley penal adjetiva, salvo que el presunto defecto hubiese sido saneado, y no contra las sentencias. En consecuencia, de conformidad con los artículos 178, 437 y 449 del Código Procesal Penal, se declara inadmisibile el reclamo incoado.”

24. Artículo 178 del Código Procesal Penal

[Sala Tercera]^{xxvi}
Voto de mayoría

“**II. Único motivo**, por inobservancia de normas procesales. Alega que los Jueces de Apelación de Sentencia, confirmaron su condena, “[...] *producto del rechazo injustificado... de prueba útil y pertinente que ofrecí ante esa sede, indispensable para el ejercicio de mi defensa técnica y material, con la que puedo acreditar aspectos que inciden directamente en la forma como fue resuelta la Alzada.*” (Folio 561). Fundamento jurídico que invoca: artículos 464 y 468 inciso b) del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política. **Se declara inadmisibile el recurso.** Este no cumple con los requisitos de ley para su trámite. En lo conducente, el artículo 468 del Código Procesal Penal, condiciona que “[...] **Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento, para que proceda el recurso deberá dirigirse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Código, referido a defectos absolutos.**” Así las cosas, la casación no procede contra cualquier infracción de normas de procedimiento, sino, únicamente, *i)* contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación; *ii)* o bien, en los casos de defectos absolutos establecidos en el artículo 178 del C.P.P. **En el presente asunto**, se cuestiona la denegatoria de prueba por el Tribunal de Apelación de Sentencia. Sin embargo, no existe disposición legal que sancione a ese acto jurisdiccional con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad. Además, contrario a lo que se afirma, se observa que el rechazo de prueba no fue arbitrario o sin razones, sino, debidamente sustentado. Se indicó: “*En cuanto a la prueba en la fase de apelación, la misma debe versar sobre los aspectos que específicamente señala el numeral 464 del Código Procesal Penal. Esto es que “El tribunal aceptará como nueva solo la prueba ofrecida en su oportunidad pero que sea arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad*

a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidad efectiva de ser ofrecida por el interesado en su momento". Es decir, debe tratarse de prueba que habiendo sido oportunamente ofrecida fue ilegalmente rechazada o que surgiera luego del debate o por alguna razón justificada no se pudo presentar al contradictorio. Ninguna de la hipótesis resulta aplicable. Se trata de prueba que pudo ofrecerse y evacuarse en el debate sin que sea atendible la mera invocación de un cambio de opinión o de estrategia de defensa. Si como lo señala la defensa, su estrategia era demostrar la posesión decenal y la ausencia de un desalojo administrativo, era su deber ofrecer y evacuar en forma oportuna la prueba que le interesaba. Resulta inaceptable que más de cinco años después de iniciado el proceso, la defensa procure que este Tribunal le evacue la prueba que no diligenció en su oportunidad..." (Folios 541 frente y vuelto). Por otro lado, no se está ante un posible defecto absoluto. Si bien es cierto, las partes pueden gestionar la evacuación de prueba en fase de apelación de sentencia, no obstante, su admisibilidad no es absoluta o ilimitada, sino, relativa al cumplimiento de determinadas formas legales (cfr. artículo 464 del C.P.P). De ahí que para que el rechazo de prueba en etapa de apelación de sentencia, pudiera implicar un defecto absoluto, su admisibilidad también lo debiera ser, lo cual no es así. Por ende, el rechazo judicial fundado de prueba en apelación, como ocurrió en la especie, no constituye un defecto absoluto por vulneración al derecho de defensa, y su mera inconformidad, no autoriza la casación. En consecuencia, de conformidad con los artículos 467, 468, 469 y 471 del Código Procesal Penal, se declara improcedente la queja."

25. Momento Procesal Oportuno para el Saneamiento de Defectos en el Proceso Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xxxvii}
Voto de mayoría:

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

defectos que se presenten en la actividad procesal, sean saneados en la etapa que se encuentren sin devolver el proceso a fases superadas. En razón de ello, estima que en este caso el Juzgado Penal no tiene competencia para conocer de la audiencia preliminar y que el asunto corresponde asumirlo y continuarlo el Tribunal de Juicio. III- Aunque el señor Juez Penal lleva razón en todas sus consideraciones de fondo, no es el procedimiento del conflicto incompetencia la vía que procede en este caso. En primer lugar porque la decisión del Tribunal de Juicio implicó devolver los autos *a la fiscalía* y no al órgano jurisdiccional directamente, lo que en cualquier caso, no implica por sí mismo que una vez que finalmente se solicite al Juzgado Penal una decisión por parte de la fiscalía, este órgano jurisdiccional no advierta el conflicto, no obstante que en este caso esta vía no procede. Lleva razón el señor Juez Penal al exponer que bajo ninguna circunstancia, el pretendido defecto que se detectó en fase de juicio, debió implicar el regreso del proceso a la etapa de investigación, pues **(i)** en primer lugar, la inexistencia de denuncia de la víctima no es un defecto ni omisión que implique la ineficacia de lo actuado en este caso, porque se investiga un delito de acción pública que no requiere anuencia de la víctima para su investigación y ya en sede de juicio el ofendido podrá manifestar su relato y dar su versión de lo ocurrido; **(ii)** luego, aún cuando no se hubiera informado a la víctima de sus derechos procesales, pues la oportunidad para ello es precisamente cuando denuncia el hecho, lo cierto es que ya el proceso estaba definido, la acusación, la prueba y las pretensiones de las partes establecidas, de manera que no había que reponer ni la acusación, ni la prueba ofrecida tanto en lo penal como en la acción civil ya formalizada, ni definir si el proceso debía ir a debate, pues todo eso estaba ya resuelto y sobre ese tema no había que disponer absolutamente ninguna ineficacia; **(iii)** asumiendo que se estimara pertinente conceder al ofendido la posibilidad de accionar civilmente, ese aspecto pudo ser subsanado en sede de juicio, suspendiendo el debate, para dar un tiempo prudencial para el establecimiento de la acción civil, su traslado al demandado civil, la posibilidad de ofrecer prueba, aunque desde luego, tal solución implica retrasar el proceso penal, en el que la acusación y querrela, si la hubiera, son la cuestión principal, sin que lo accesorio tuviera la virtud de incidir en su avance. Si bien es cierto la acción civil, en el procedimiento normal, debe ser presentada antes de formalizarse la acusación, en este caso es claro que se trata de sanear un presunto defecto y por ende, la solución debe adaptarse a la fase en que se ha detectado, si ello es posible, sin lesionar los derechos de las partes, lo que bien puede hacerse en sede de juicio, como se hace, por ejemplo, para los delitos de acción privada, un trámite que no implicaría mayores retrasos, porque el marco fáctico principal ya está definido y se pretendería un reclamo civil sobre la base de la existencia del hecho ilícito; **(iv)** en cualquier caso, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, si bien es una opción de la víctima, tampoco impide que la ejerza en la sede civil, de modo que su derecho de accionar no se ve cercenado y el proceso penal en su cuestión principal, no sufre retrasos como el ocurrido en este caso, donde se trata de hechos que acaecieron en el año 2005, y ocho

años después –tres de ellos estando el proceso en sede de juicio- aún no se discute finalmente en debate. A la altura procesal dicha, no era posible retrotraer el proceso para sanear un aspecto accesorio, que en cualquier caso no cercena el derecho de tutela de la víctima del delito, quien podrá acudir, una vez resuelto lo penal, a la sede civil en demanda de sus derechos. Es innegable que la decisión de declarar la ineficacia del auto de apertura a juicio y la audiencia preliminar es una decisión equivocada y procesalmente incorrecta, que ocasionó serios perjuicios a los derechos de las partes a que se obtenga una pronta solución al proceso penal y además distorsiona y causa gran confusión a las partes sobre la conducta procesal a desplegar, por no haber dimensionado el Tribunal de Juicio siquiera los efectos de tan improcedente decisión, como era su obligación, dada la restricción expresa que contiene el numeral 179 *Cpp* en cuanto, precisamente, a regresar al proceso a fases anteriores, cuestión que resulta excepcionalísima y que, de adoptarse, requiere una adecuada motivación y un puntual detalle de las acciones a reponer y su alcance. Aunque la decisión sobre la admisibilidad de la acción civil y la prueba bien podrían realizarse en la misma sede de juicio, pues en realidad lo que interesa, a propósito de lo sucedido, es sanear la actividad defectuosa y respetar los derechos de las partes y no necesariamente aferrarse a una etapa particular como la fase intermedia o la audiencia preliminar, en un proceso como este en el cual ya esa fase se realizó e incluso así lo contempla el numeral 179 *Cpp* en que apoya el Juez Penal sus argumentaciones, lo cierto es que en la actualidad, lo que procede es que el Juez Penal valore la situación, el alcance y tema que motivó la protesta de actividad procesal defectuosa que fue acogida por el órgano de juicio, la actuación que debía ser corregida y repuesta únicamente, con motivo de tal decisión y defina lo que corresponda, conforme a la acción civil en el caso de E., pues es un hecho que ya el Tribunal de Juicio no renovó el acto, ni realizó la actuación omitida, ni permitió que en esa sede, como debió haber sido, se diera el saneamiento de los defectos o se pronunciara directamente sobre la oportunidad de tal discusión a la altura procesal del debate, tratándose de una cuestión accesorio, conforme se razonó. En cuanto a la acusación, no hay base legal alguna para estimar que el Ministerio Público podía “reemplazar” la existente, porque en cualquier caso la ineficacia que decretó en forma errónea el Tribunal de Juicio, nunca alcanzó la acusación ni lo demás que ya había sido definido y si el Ministerio Público quería realizar correcciones materiales o mejorar su redacción, es en la etapa de juicio y conforme las disposiciones del numeral 348 *Cpp* que debe hacerlo, por lo que no debe someterse nuevamente al Juez Penal la discusión de todos esos aspectos que ya están definidos. En consecuencia, aunque lleva razón el juzgador en sus planteamientos, debe tomarse en cuenta que ya se desplegó toda una actividad procesal por el órgano acusador, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Juicio, razón por la cual el conflicto que plantea a estas alturas resulta estéril e innecesario y es inadmisibles, porque ya el proceso, de hecho, se retrotrajo a una etapa anterior, en la que, ciertamente, no debe discutirse todo lo que ya fue definido, conforme se indicó,

limitándose el juzgador a los puntos no resueltos con anterioridad, relativos a la acción civil resarcitoria planteada por el ofendido E., su admisibilidad o no, así como de la prueba relacionada con ese aspecto y resolver sobre esos temas que fueron los que en su oportunidad, motivaron la decisión del Tribunal de Juicio. La vía utilizada por el juzgador, podría ser adecuada en otros supuestos, pero por la naturaleza de lo que se discute, el tiempo procesal en que se encuentra la causa y la actividad procesal ya desarrollada, lo que procede es que el juzgador se avoque a pronunciarse sobre el acto que debió reponerse y tome la decisión que corresponda, según su criterio y luego remita los autos con lo ya resuelto anteriormente –apertura a juicio, prueba y la acción civil de la actora W. ya constituida desde entonces- actos y decisiones éstos que no deben ser repuestos, porque ya fueron realizados y conservan plena vigencia, ello con el fin de que se proceda por el órgano de juicio conforme sus competencias y se realice en debate en este asunto con la mayor celeridad.”

26. Saneamiento y Preclusión Procesal

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xxviii}
Voto de mayoría

“II. [...] **Se acoge la protesta.** A fin de dilucidar la protesta formulada por la defensa técnica, resulta imperativa la transcripción del cuadro fáctico imputado por el Ministerio Público en este proceso, que textualmente refiere: *"1. - En fecha 25 de Mayo del año 2008, sin precisar hora exacta, propiamente en [...], en el área de protección de la Quebrada Pilas, la aquí encartada A., quien reside en un predio ubicado contiguo a dicha área, procedió, a sabiendas del carácter ilícito de sus actos y sin contar con permiso alguno de la Administración Forestal del Estado, a realizar el aprovechamiento maderable mediante tala de al menos cinco árboles que se encontraban en el área de protección referida, pertenecientes a las especies de mango, higuérón y aguacatillo. 2.- Tal acción de corta, la realizó la imputada A. valiéndose de tres sujetos de calidades en autos ignoradas, a quienes contrató con el fin de realizar dicho aprovechamiento. 3.- Lo anterior fue advertido por el funcionario del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones Guillermo Enrique Porras Sandoval, quien ese día transitaba por el sitio en mención. 4.- Como consecuencia del quehacer criminal de la imputada A., se generó un daño al ambiente que se cuantifica en la suma de novecientos treinta y siete mil quinientos colones. (937 500,00)."* Examinado el fallo se puede concluir que el delito atribuido a la encartada A. por el Ministerio Público es el de aprovechamiento forestal en área de protección, previsto y sancionado en el artículo 58, en relación con el 3 y el 33 de la Ley Forestal (Nº7575); y aunque lleva razón el gestionante cuando protesta sobre la falta de precisión en el fallo de los incisos concretos utilizados en la fundamentación jurídica del pronunciamiento, es posible concluir que a la encartada se le declaró autora responsable por la hipótesis

prevista en el inciso b) del artículo 58 de la Ley Forestal, que dispone lo siguiente: "Se impondrá prisión de tres meses a tres años a quien: (...) b) **Aproveche los recursos forestales en terrenos del patrimonio natural del Estado y en las áreas de protección para fines diferentes de los establecidos en esta ley.**"

(La negrita no corresponde al original). A esa conclusión se llega al revisar el contenido del considerando IV de la sentencia, cuando el juzgador afirma que la imputada A. se aprovechó del recurso forestal del área de protección, al convertir los árboles talados en leña. En ese sentido, el representante del Ministerio Público al realizarse la audiencia oral el pasado 30 de marzo de los corrientes, afirmó que no existía ningún error en la sentencia, pues era evidente que el tipo aplicado fue el artículo 58 inciso a) de la Ley Forestal (relativo a la invasión de áreas de conservación, de protección, de bosques o terrenos sometidos a régimen forestal), aseveración que estima esta Cámara fue un simple error material, dado que del contenido de sus argumentos fue evidente se refería al inciso b) relativo al aprovechamiento de recursos forestales. Sin embargo, estima este Tribunal se equivoca el representante fiscal, cuando argumenta la inexistencia de un quebranto, debido a que en la fundamentación de la sentencia se especificaba (con respaldo de la calificada prueba evacuada en el contradictorio), que el provecho obtenido por la justiciable al realizar la tala de los árboles (sin el permiso respectivo y dentro del área de protección) fue la obtención de leña. Apreciación que no comparte esta Cámara por las siguientes razones. Como se observa el núcleo de imputación del tipo penal del artículo 58 inciso b) de la Ley Forestal, hace referencia al aprovechamiento forestal pero de determinados terrenos: del patrimonio natural del Estado y en áreas de protección. Dichos aspectos constituyen elementos normativos del tipo que necesariamente forman parte del núcleo central de imputación y, que por ende, deben integrarse a la pieza acusatoria y a los hechos tenidos por demostrados en sentencia, pero nunca reiterando dentro de la relación de hechos de forma textual esos conceptos normativos, en sustitución de la especie fáctica que los debería describir. Como sucede con otros delitos, el fiscal al formular la acusación describe la acción o conducta dentro de un determinado segmento temporal - espacial y, según las exigencias básicas impuestas por el tipo penal imputado adicionará otras circunstancias pertinentes, por ejemplo, resultados, descripción de especiales condiciones personales, entre otros. Entonces si se atribuye un delito de hurto, resulta inaceptable una técnica que se limite a indicar en la acusación que se dio un *desaparamiento* de un determinado bien, pues lo que debe hacerse es *describir cómo se desarrolló el hecho*, luego, si se comprueba esa hipótesis fáctica, el juzgador podrá valorar y determinar si esa enunciación demostrada se adecua a un tipo penal. El delito atribuido a la justiciable A. contiene elementos normativos, y éstos exigen la remisión a otras normas previstas -en este caso- en la Ley Forestal, que le dan contenido a esas expresiones; es decir, se trata de conceptos jurídico penales específicos. En el *sub examine* y a partir de la acusación, interesan dos conceptos normativos:

aprovechamiento forestal y áreas de protección. El segundo de estos elementos se encuentra definido en el artículo 33 de la Ley Forestal, que declara de esa naturaleza, entre otros, en el inciso b) a: *"Una franja de quince metros en zona rural y de diez metros en zona urbana, medidas horizontalmente a ambos lados, en las riberas de los ríos, quebradas o arroyos, si el terreno es plano, y cincuenta metros horizontales, si el terreno es quebrado."*

Hasta aquí y conforme se imputó, se asegura que los hechos atribuidos a la justiciable ocurren en el área de protección de la Quebrada Pilas, ubicada en Santa Ana centro; sin embargo, el Ministerio Público nunca llega a establecer a qué distancia de la ribera de la quebrada es que se da la corta de los árboles, para concluir que efectivamente se está dentro de un área de protección. Pero aún cuando la técnica utilizada por el fiscal no sea la adecuada y ese aspecto pueda ser discutible y estimar que finalmente, no hay ninguna violación al derecho de defensa, porque finalmente ese dato se circunscribe a una hipótesis única de verificación de medida; sí surge una situación adicional, que afecta la imputación formulada por el Ministerio Público de forma definitiva, por ser omisa en un aspecto esencial. El tipo objetivo previsto en el artículo 58 inciso b) de la Ley Forestal, sanciona la acción de aprovechamiento forestal y eso implica describir la conducta acusada para determinar luego, si demostrada, constituye un supuesto de aprovechamiento. De nuevo, es imprescindible una remisión a la Ley Forestal que en el artículo 3 establece que para efectos de esa ley, se considera aprovechamiento: *" Acción de corta, eliminación de árboles maderables en pie o utilización de árboles caídos, realizada en terrenos privados, no incluida en el artículo 1 de esta ley, que genere o pueda generar algún provecho, beneficio, ventaja, utilidad o ganancia para la persona que la realiza o para quien esta representa."* Es decir, la configuración del tipo penal de aprovechamiento requiere no solo indicar la conducta realizada (que pueden ser varias) sino también el eventual o efectivo resultado generado y que se describe en términos positivos para el agente. En suma, este elemento normativo por disposición de ley, alude a dos diversas circunstancias: 1) una serie de acciones (corta, eliminación de árboles en pie o utilización de los caídos) y, 2) una determina ventaja, ganancia, utilidad o beneficio, a quien realiza la acción o a un tercero que representa; que por cierto, no se limita a un aspecto de contenido puramente económico y que por ende, se puede traducir en muy diversos supuestos (paisajísticos, posibilitar construcción de obras en el lugar, uso de la madera para fines artísticos, etc.). Desde ese punto de vista, en el *sub examine*, el requerimiento fiscal sólo establece con claridad el primer aspecto del elemento normativo "aprovechamiento", es decir, que sin el permiso correspondiente se dio la corta de al menos cinco árboles (dentro de un área de protección, que realizaron tres sujetos de calidades desconocidas contratados por la imputada A.). Pero el aprovechamiento forestal no solo se integra con la descripción de la acción (en este caso la corta de árboles), requiere también puntualizar cuál es la situación de utilidad que dimana o

emerge para el sujeto activo o para quien él represente. En autos, la acusación describe solo parcialmente ese elemento normativo, pues nunca se señaló cuál fue el provecho, ventaja, ganancia o utilidad que dicha actividad generó a la acusada y esa es una exigencia ineludible del tipo objetivo, sea de lo establecido en el artículo 58 inciso b) en relación con el artículo 3 de la Ley Forestal. Ya en otras oportunidades esta Cámara ha señalado, que el artículo 303 del Código Procesal Penal dispone que cuando de la investigación el Ministerio Público considere que existe fundamento para someter a juicio al imputado (a), deberá formular una acusación con una relación precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido. Incluso la Sala Constitucional, en el voto N° 1739-1992, ha establecido el derecho a la imputación como integrante del debido proceso, aclarando que se debe "*... describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva.*"

(el destacado no es del original). En virtud de lo expuesto, dadas las deficiencias que presenta el requerimiento fiscal se declara con lugar el motivo formulado y en apego a lo establecido en el artículo 179 del Código Procesal Penal, no siendo factible acudir al saneamiento, pues la fase para corregir la acusación formulada, ya precluyó; se absuelve a la imputada A. de toda pena y responsabilidad por el delito de aprovechamiento forestal en perjuicio del recurso forestal. En razón de lo resuelto, por innecesario se omite pronunciamiento respecto a los otros motivos de casación formulados por el impugnante."

27. Principio de Saneamiento

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xxix}
Voto de mayoría

"II. [...] cabe indicar que si una parte procesal, cualquiera que sea, ofrece prueba - dentro de las posibilidades que brinda la legislación- y el órgano que le corresponde resolver, por error, omite pronunciamiento al respecto, nada obsta para que, llegados a la etapa de debate, dicho error se subsane en esa fase pues ello es un imperativo establecido por la misma legislación a partir del principio de saneamiento previsto en los artículos 175 y 179 del Código Procesal Penal para evitar, de esta forma, la nulidad de actos posteriores que se cimenten sobre la base, endeble, de esa omisión que afecta los derechos constitucionales de la parte. Tal cosa ha ocurrido en este caso. Nótese que a folio 119 la fiscalía ofreció como prueba, en el momento procesal oportuno, los documentos relativos al reconocimiento, tanto las actas propiamente tales como las de datos previos, pese a lo cual el auto de folio 128 nada dice al respecto, es decir, ni acepta ni rechaza dicha prueba. Esa omisión fue subsanada, no en debate -como debía hacerse- sino sentencia como se indica en la parte transcrita. Aunque tal proceder, eventualmente, sí habría podido afectar el derecho de defensa

del encartado e implicar la nulidad de la sentencia, ello ocurriría sólo en el caso de que, por eso, el defensor no pudiera referirse a la prueba cuyo procedimiento correcto para su incorporación es mediante la admisión en debate o la reapertura del juicio. No obstante, en este proceso concreto no ocurrió tal cosa pues -según indica la jueza sin que sea refutado por el defensor en su recurso- la defensa sí tuvo tal posibilidad, por lo que no hay ninguna afectación a tal derecho. De allí que no se observe ninguna ilegalidad en lo actuado en tal extremo ni, tampoco, en torno a la incorporación de la declaración del oficial E. Del acta de debate no consta que se haya efectuado "cambio de testigos", procedimiento no previsto en nuestra legislación lo que hace que si una parte quiera prescindir de un deponente lo pueda hacer, supeditado al principio de comunidad de la prueba, pero sin condicionar la labor jurisdiccional de tener que admitirle, a cambio, otro testigo pues quien juzga es independiente para resolver este último ofrecimiento, si se diera, de acuerdo con las reglas de la prueba para mejor resolver. Tampoco consta que el referido testigo fuera admitido como prueba ni, formalmente, ofrecido como tal en el debate (ver folios 41-43, 119-120, 128, 137, 158-159, 162-163 y 172-174). Es a partir de folio 160 en que el Ministerio Público solicita que sea citado y consta a folio 172 vuelto que, al concurrir al debate, declara sin que nadie haga ninguna protesta de ello, como debía hacer la defensa por ser el mencionado un defecto relativo que debía advertirse y protestarse en dicho acto. Su declaración fue recibida y valorada en sentencia y, entonces, aunque expresamente no consta que se indicara, se le recibió como prueba para mejor resolver, aspecto que es una potestad jurisdiccional, aún de oficio, al tenor de lo establecido en el artículo 104 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. El que la sentencia se haya basado en dichos elementos probatorios no los convierte en prueba ilícita porque, como se indicó, de haber algún vicio en tal proceder el mismo fue de carácter relativo y quedó convalidado con la falta de protesta (y más bien el uso de la prueba) que hiciera la defensa en conclusiones."

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, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada 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 citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. 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 el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. **Código Procesal Penal**. Vigente desde: 01/01/1998. Versión de la norma 21 de 21 del 05/03/2013. Publicada en: Gaceta No 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

ⁱⁱ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2012). **Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal**. 5^{ta} Edición de la Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pp 325-331.

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 367 de las trece horas con veintiocho minutos del veintiuno de febrero de dos mil catorce. Expediente: 13-000704-1092-PE.

^{iv} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 428 de las catorce horas con cinco minutos del treinta de agosto de dos mil trece. Expediente: 09-201865-0454-PE.

^v TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 147 de las quince horas con cuarenta minutos del veinticinco de junio de dos mil trece. Expediente: 10-002056-0396-PE.

^{vi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL JUVENIL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 40 de las once horas con doce minutos del once de enero de dos mil trece. Expediente: 05-000352-0382-PE.

^{vii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 743 de las diez horas con cuarenta minutos del veintiocho de septiembre de dos mil doce. Expediente: 08-005339-0305-PE.

^{viii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1706 de las nueve horas con veintiséis minutos del treinta de agosto de dos mil doce. Expediente: 12-000266-1092-PE.

^{ix} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 264 de las nueve horas con quince minutos del diecinueve de abril de dos mil doce. Expediente: 08-000005-0305-PE.

^x TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1346 de las quince horas con siete minutos del veinte de junio de dos mil trece. Expediente: 08-009855-0042-PE.

^{xi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 193 de las once horas con quince minutos del quince de febrero de dos mil trece. Expediente: 04-002176-0059-PE.

^{xii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 317 de las once horas del dos de mayo de dos mil doce. Expediente: 09-000008-0551-PE.

^{xiii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 270 de las catorce horas del veinte de abril de dos mil doce. Expediente: 10-001825-0061-PE.

^{xiv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 164 de las ocho horas con treinta minutos del once de mayo de dos mil once. Expediente: 08-000155-0622-PE.

^{xv} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 421 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de agosto de dos mil trece. Expediente: 09-000049-0335-PE.

^{xvi} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1487 de las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de noviembre de dos mil once. Expediente: 04-000289-0066-PE.

^{xvii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 913 de las diez horas con cincuenta y seis minutos del veintinueve de julio de dos mil once. Expediente: 06-000194-0068-PE.

^{xviii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 275 de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de julio de dos mil once. Expediente: 09-000029-0416-PE.

^{xix} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 63 de las quince horas con treinta y ocho minutos del veintiséis de marzo de dos mil catorce. Expediente: 13-000224-1259-PE.

^{xx} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1830 de las diez horas con veintisiete minutos del veinte de agosto de dos mil trece. Expediente: 13-000031-0070-PE.

^{xxi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 132 de las catorce horas con cuarenta minutos del seis de junio de dos mil trece. Expediente: 12-000029-1259-PE.

^{xxii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 313 de las nueve horas con cuarenta y siete minutos del quince de marzo de dos mil trece. Expediente: 11-001329-0066-PE.

^{xxiii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 199 de las quince horas con cincuenta y cinco minutos del trece de agosto de dos mil trece. Expediente: 09-002808-0412-PE.

^{xxiv} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 177 de las dieciséis horas con seis minutos del cuatro de diciembre de dos mil doce. Expediente: 11-000667-0064-PE.

^{xxv} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1782 de las nueve horas del cinco de diciembre de dos mil doce. Expediente: 08-000155-0622-PE.

^{xxvi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 159 de las diez horas del quince de febrero de dos mil trece. Expediente: 07-200091-0278-PE.

^{xxvii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1098 de las ocho horas con quince minutos del treinta de mayo de dos mil trece. Expediente: 05-006355-0042-PE.

^{xxviii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 444 de las trece horas con cincuenta y nueve minutos del doce de abril de dos mil once. Expediente: 08-001563-0283-PE.

^{xxix} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1051 de las once horas con treinta minutos del veintitrés de septiembre de dos mil nueve. Expediente: 08-005919-0042-PJ.