



## Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / [faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr](mailto:faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr)

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5° piso.

Ministerio Público, Costa Rica



**E**L PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circular N° 193-2014). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **37**  
2015

### RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2015-00510**

Órgano emisor: Sala Casación Penal

Fecha resolución: 08 de abril del 2015

Recurso de: Casación

### DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

- ⇒ **Descriptor1:** **Testigo de la corona**
- ⇒ **Restrictor1:** Grado de reproche en relación con el imputado
- ⇒ **Descriptor2:** **Colaborador policial**
- ⇒ **Restrictor2:** Información que se extraiga de su participación

### SUMARIO

- Los coimputados acusados de un mismo delito pueden ser testigos de la corona siempre y cuando no sean el cabecilla de la banda.
- El colaborador policial puede no declarar en juicio y la información que de su participación extraiga la policía puede ser utilizada como material probatorio siempre y cuando les conste directamente a los policías que sí declaran en juicio.

### EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

#### Testigo de la corona

"Esta evaluación de la reprochabilidad se refiere a la culpabilidad, de tal forma que quien colabora debe merecer un juicio de reproche o de culpabilidad menor que el autor principal respecto del cual presta la colaboración".

"En el supuesto contenido en el inciso b del citado numeral, se prevé la posibilidad de prescindir del ejercicio de la acción penal en aquellos asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja, donde el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información





esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que su conducta sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita”.

“Debe entenderse entonces que, una vez admitida como prueba la declaración de una persona a quien se le ha aprobado un criterio de oportunidad por tener un grado inferior de reprochabilidad respecto de otro u otros encartados, esa declaración puede ser valorada por el Tribunal al momento del estudio probatorio intelectual que se realice sobre todos los hechos acusados, incluso sobre hechos relacionados a imputados con un grado de reprochabilidad menor, pero siempre que la declaración verse no solo sobre estos últimos, sino en primer lugar sobre los hechos de los imputados que tienen un grado mayor de reprochabilidad”.

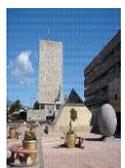
### **Colaborador policial**

“Con relación al uso de “colaboradores” confidenciales, se encuentran legal y expresamente autorizados en los artículos 10 y 11 de la Ley sobre estupefacientes como técnica válida para investigar este tipo de criminalidad. Al respecto, en su voto 7079-M-97 de las 18:30 horas, de 28 de octubre de 1997, la Sala Constitucional estableció: “*El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la*

*misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios...”*”.

“Ciertamente, las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, pero no por ello deba calificarse de ilegal la observación y descripción que realice la policía de las actuaciones ejecutadas por el colaborador; lo mismo se debe decir del resto de las actividades de investigación de parte de la policía en la recabación de la prueba que, como el mismo Órgano de Alzada lo admite, es útil como material para individualizar a las personas que, en apariencia, se estaban dedicando a la venta de drogas en el establecimiento comercial”.

“A la policía que participa en los actos de investigación no se le puede vedar que declare sobre aquello que directamente le consta, a saber: que el colaborador haya sido requisado previamente, fuera por la policía, el fiscal o el juez; si vio al informante dirigirse a determinado lugar, comunicarse con determinadas personas, verlo efectuar la compra de droga o bien, si no observó directamente la transacción, al menos establecer si volvió o no con droga; si se filmó o se tomaron fotografías de las transacciones, etc, es decir, lo anterior no conlleva a negarle validez a las deposiciones de los policías en relación con hechos que les consten personalmente, aunque tengan





relación con la actividad del colaborador encubierto o informante”.

## VOTO INTEGRO N°2015-00510, Sala Casación Penal

**Res:** 2015-00510. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y treinta y cinco minutos del ocho de abril del dos mil quince.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra **001**; y **002** por el delito de **Poseción Agravada de Drogas de Uso no Autorizado para el Comercio Ilícito**, cometido en perjuicio de **La Salud Pública**. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magda Pereira Villalobos y Doris Arias Madrigal. Además participa en esta instancia, la licenciada Sianny Mata Sánchez en su condición de Fiscal de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público, el licenciado Danicio Fernández Berrocal, como defensor público del imputado 002 y el licenciado Rafael Quesada LeMaire en calidad de defensor particular de la encartada 001.

### Resultando:

1. Que mediante sentencia N° **1788-2014**, dictada a las trece horas treinta minutos del dieciséis de setiembre de dos mil catorce, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **“POR TANTO:** Se admite la prueba documental ofrecida por la defensa. Se declara con lugar los recursos de apelación interpuestos a favor de 001 y 002. Se revoca parcialmente la sentencia recurrida y, en virtud del principio *in dubio pro reo*, se absuelve, a ambos imputados, de toda pena y responsabilidad por los delitos de posesión agravada de drogas de uso no autorizado para el comercio ilícito que en daño de la Salud Pública, se les ha venido atribuyendo. Se ordena su inmediata libertad si otra causa penal no lo impide. En todo lo demás el fallo se mantiene incólume. NOTIFÍQUESE. (Fs.) Rafael Gullock Vargas, Lilliana García Vargas y Rosaura Chinchilla Calderón Juez y Juezas de Tribunal de Apelación de Sentencia Penal” (sic).

2. Que contra el anterior pronunciamiento la licenciada Sianny Mata Sánchez en su condición de Fiscal de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público, interpuso recurso de casación.

3. Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

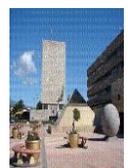
Informa el Magistrado **Ramírez Quirós**; y,

### Considerando:

**I.** En memorial visible de folios 873 a 882 del expediente, la licenciada Sianny Mata Sánchez, representante del Ministerio Público, interpone recurso de casación contra la sentencia número 2014-1788, de las 13:30 horas, del 16 de setiembre de 2014, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que revocó parcialmente la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José número 136-2014 de las 13:30 horas, de 14 de febrero de 2014 y absolvió a los imputados 001 y 002, de toda pena y responsabilidad por los delitos de posesión agravada de drogas de uso no autorizado para el comercio ilícito, en daño de la Salud Pública, ordenando de inmediato su libertad.

**II.** La Sala Tercera emite el voto 2014-01933 de las 09:15 horas del 18 de diciembre de 2014 (folios 929 a 932), mediante el que admite para estudio de fondo el recurso de casación formulado por la Fiscal Sianny Mata Sánchez de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, la cual formula dos motivos: el primero, por posible existencia de precedentes contradictorios; el segundo, por inobservancia ó errónea aplicación de un precepto legal procesal.

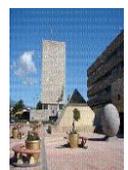
**III. Primer motivo de casación.** Alega la existencia de precedentes contradictorios en relación con el criterio de oportunidad, de acuerdo con los artículos 23 y 468 inciso a) del Código Procesal Penal. Estima la recurrente que el fallo cuestionado se aparta de la debida interpretación de la figura del criterio de oportunidad, concretamente, de la posibilidad procesal que ostenta el Ministerio Público de ofrecer criterios de oportunidad a sujetos con el mismo grado de reprochabilidad. Agrega que los miembros del Tribunal de Apelación consideran que se debe probar el menor reproche para aplicar el criterio de oportunidad a un imputado, lo que contraría los fallos de la Sala de





Casación Penal (folio 874). Explica que, en la sentencia recurrida, los jueces de apelación resolvieron: “*En ningún momento, a lo largo de toda la sentencia, se analizó el grado de participación de dicha encartada en los hechos acusados ni, si su dicho, de que recibía órdenes, era una situación particular suya y cómoda para eludir su responsabilidad penal por los hechos, tomando en cuenta que fue ella quien vendió, en la compra final. Este tema requería de un especial análisis, omitido en el fallo que se conoce, pues solo a partir de la menor reprochabilidad es que se puede justificar que se le otorgue un trato desigual a dos imputados, uno que es condenado, por la declaración de otro, que se ve beneficiado con un criterio de oportunidad.*” (folio 875). Posición que, resulta contradictoria con la tesis esgrimida por el voto número 2014-01030, de esta Sala en la cual unifica criterios, respecto al tema. Así, en la resolución de esta Cámara destaca el siguiente fragmento: “*A criterio de esta Sala, no existe en la legislación límite alguno que determine que la declaración del testigo de la corona pueda ser valorada con respecto a los coimputados cuyas acciones hayan sido de mayor o menor reproche.*” (folio 875). Añade que: “*La norma, lo que pretende, es que no se fomente la impunidad para aquellos acusados que, pese a la alta reprochabilidad de su actuar delictivo, pretendan evitar una sanción penal cooperando con el Ministerio Público, mas no implica ello que su declaración no pueda abarcar todos los aspectos y detalles de los hechos que se investigan, incluyendo las acciones de aquellos imputados cuyas acciones fueron menos reprochables que la propia. Así, puede ser testigo de la corona el coautor con un grado de reproche menor al de otros coautores (...), pero no puede serlo, por ejemplo, el cabecilla de la organización cuando su grado de reproche es el más alto en relación con los demás autores, dados los hechos que cometió, pues ello fomentaría la impunidad.*” (folio 876). Y se concretó que: “*Carece de lógica suponer que el ente fiscal -dentro de los límites del inciso b), ya señalados-, pueda solo negociar con el partícipe cuya reprochabilidad sea la más exigua dentro del grupo que actuó en la comisión del delito, pues probablemente esta persona tendrá muy poca o ninguna información sobre aspectos esenciales de la investigación (dominio del hecho, por ejemplo).*” (folio 876). Para quien impugna, queda claro que el criterio de oportunidad es una herramienta probatoria del Ministerio Público, y puede aplicarse a cualquier miembro de la organización criminal siempre y cuando no sea la cabecilla. Igualmente, debe de valorarse su reproche pero con el fin de que este no evada la acción penal por medio de su colaboración. (folio 876). Sostiene que, la contradicción aludida vulnera los principios de igualdad y tutela judicial efectiva consagrados en los artículos 31 y 41 de la Constitución Política, así como el de lealtad procesal e

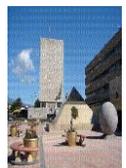
igualdad. De manera que, satisface las exigencias del artículo 468 inciso a), del Código Procesal Penal. Estima que, el vicio consiste en que, si los recursos hubieran sido resueltos por otra integración del Tribunal de Apelación de Sentencia, el resultado es otro. Por esa razón considera que, la sentencia impugnada coarta la pretensión punitiva del Ministerio Público, en razón de que condiciona y limita el ejercicio de la acción penal de una manera arbitraria, lo que incide de manera directa en eliminar la prueba generada por el criterio de oportunidad. Por ello, se le causó un gravamen irreparable al ente acusador que debe ser corregido (folio 878). **El motivo se declara con lugar.** La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la que se denomina “Convención de Palermo”, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2001 en Palermo (Italia) y aprobada en Costa Rica mediante la Ley 8302 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta 123 de 27 de junio de 2003), incluye en su artículo 26, como posible medida para lograr una acción más eficaz en la persecución y enjuiciamiento de las organizaciones delictivas, la siguiente: “3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”. Esta disposición prevé la posibilidad de otorgar la inmunidad judicial que contempla el artículo 22 del Código Procesal Penal. De esta forma se reconoce que la inmunidad judicial dada a algunos de los partícipes, es uno de los instrumentos idóneos para reducir el amplio margen de impunidad que siempre ha existido frente a las diversas formas de crimen organizado. Precisamente el artículo 22 *eiusdem* se lee: “Principios de legalidad y oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado





u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado, no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente. c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena. d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva. La solicitud deberá formularse ante el tribunal que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio.” Este numeral 22 *eiusdem* establece la posibilidad de prescindir del ejercicio de la acción penal en los casos en que se den determinados supuestos objetivos y generales. En el supuesto contenido en el inciso b del citado numeral, se prevé la posibilidad de prescindir del ejercicio de la acción penal en aquellos asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja, donde el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que su conducta sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. Esta evaluación de la reprochabilidad se refiere a la culpabilidad, de tal forma que quien colabora debe merecer un juicio de reproche o de culpabilidad menor que el autor principal respecto del cual presta la colaboración. Esta posibilidad constituye una herramienta de gran utilidad para el Ministerio Público, que puede emplear, no en la generalidad de los casos, sino sólo en aquellos en que se den las circunstancias que prevé la norma, a saber, delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja. Así, sí es posible otorgar un trato diferenciado a imputados de un caso, cuando se trata de la valoración de determinados aspectos personales y particulares de cada uno de ellos, a

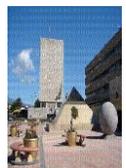
la luz de parámetros objetivos y generales como los establecidos en la norma procesal de cita. La disposición que contiene el inciso b) de este artículo 22, no busca instituir una irrazonable impunidad, pues lo que pretende es lograr, en delitos especialmente graves, la identificación y enjuiciamiento de los autores que merecen mayor reprochabilidad. Este objetivo político-criminal no supone una lesión a la tutela judicial efectiva, pues la figura del imputado-colaborador lo que pretende es que la tutela de los intereses colectivos tenga mayor relevancia en casos en los que generalmente impera la impunidad. **Sobre el criterio de oportunidad de 003.** En el presente asunto, el Tribunal de Juicio establece en la sentencia 136-2014 de las 13:30 horas, del 14 de febrero de 2014 (folios 663 a 730), como hechos probados los siguientes: “1° En el espacio temporal entre el 05 de febrero y el 16 de abril del 2013 los imputados 001,002, 003 y 004 en asocio de A) mujer de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura aproximada, 30-35 años de edad aproximada; y B) sujeto de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada, integraron un grupo criminal que, de común acuerdo y con distribución de roles y funciones, consuetudinariamente poseyó drogas de uso no autorizado, las cuales almacenaron y comercializaron con los adictos en San José, La Uruca y en Goicoechea. 2° Para realizar las acciones materiales que el narcotráfico les demandó, el grupo delictivo utilizó un inmueble destinado a bar, denominado “Manjar del Mar”, administrado por 001 ubicado en San José, La Uruca, (se omite dirección exacta). Era en éste lugar donde se realizaban labores de posesión y expendió de drogas a los adictos que hasta el sitio llegaban. 3° Los acriminados integraron un grupo estructurado y donde se distribuyeron las funciones relacionadas con el giro comercial de las drogas, de forma tal que les permitió la actuación conjunta o alterna, a saber: a) 001 ocupó un lugar preponderante dentro del grupo por cuanto sobre ella recayeron las labores de administración del local comercial bar “Manjar del Mar”, actividad comercial lícita que era aprovechada por el grupo para disfrazar los actos de narcotráfico; sobre 001 recayó también el poder de decisión respecto de los actos de narcotráfico que realizó el grupo delictivo; ella también realizó o asumió labores de comercialización de las drogas que poseyó el grupo. b) 002, persona de gran confianza para 001, ya que al ser su hijo delegó en él las acciones de administración del bar “Manjar del Mar”, por ende la administración o supervisión y comercialización de las drogas que el grupo poseyó. c) 004 trabajó en el bar “Manjar del Mar” como dependiente; sobre ella se delegaron labores de comercialización de las drogas que el grupo poseyó; d) dos sujetos con las siguientes características físicas y no identificados: mujer de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura





aproximada, 30-35 años de edad aproximada; y sujeto de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada, los cuales eran dependientes en el bar "Manjar del Mar" y se delegó en ellos labores de comercialización de las drogas que el grupo delictivo poseyó. 4° Durante el periodo referido, actuando de común acuerdo y mediante distribución de funciones, los imputados 001, 002 y 004, en asocio de los dos sujetos no individualizados, poseyeron y comercializaron drogas con los adictos que llegaron hasta el bar "Manjar del Mar", siendo que además acontecieron las siguientes circunstancias: a) En fechas 05 y 11 de febrero; 04 de marzo; 03, 04, 05 y 08 de abril, todos de 2013, en el bar "Manjar del Mar" dichos imputados 001 y 002 comercializaron con los adictos las drogas que de común acuerdo poseyeron. b) En fecha 03 de abril de 2013 mientras el coimputado 002 comercializó en el bar las drogas, también le vendió clorhidrato de cocaína a un colaborador policial. c) En fecha 12 de abril del 2013, aproximadamente a las 14:50 horas, la encartada 001 comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron cuando le vendió a un colaborador policial dos dosis de clorhidrato de cocaína. d) En fecha 14 de abril del 2013, aproximadamente a las 17:35 horas, el sujeto descrito como de tez morena, cabello corto, 1,60- 1.65 metros de estatura, comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron cuando le vendió una dosis de clorhidrato de cocaína a un colaborador de la policía. 5° El 16 de abril del 2013, aproximadamente a las 14:50 horas, la coimputada 004, bajo la dirección y mandato del coimputado 002, comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron, siendo que también le vendió dos dosis de clorhidrato de cocaína, por lo que canceló el colaborador con los billetes previamente identificados por el Juez Penal para el acto. 6° Realizado el allanamiento del bar "Manjar del Mar", así como la detención y requisa de los imputados 002 y 004, así como de los clientes que se encontraban en el sitio, se localizó y secuestró: ciento setenta y tres dosis de clorhidrato de cocaína lista y dispuesta para ser comercializada; noventa mil colones y ocho dólares americanos, además del dinero previamente identificado por el Juez Penal. 7° El 22 de abril del 2013, aproximadamente a las 14:50 horas, la imputada 001 fue localizada dentro de una vivienda que se ubica en Alajuela, (se omite dirección exacta) lugar donde fue detenida y donde se localizó y secuestró: dinero efectivo por un monto total de un millón novecientos un mil quinientos sesenta y cinco colones y seiscientos noventa y siete dólares americanos; un contrato de arrendamiento a nombre de 001 y por el bar "Manjar del Mar"; un recorte de periódico donde se informa del allanamiento en el bar "Manjar del Mar". 8° La totalidad

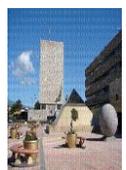
de drogas de uso no autorizado que 001, 002 y 004, así como los dos individuos descritos como: mujer de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura aproximada, 30-35 años de edad aproximada y sujeto de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada, de común acuerdo y con distribución de roles y funciones poseyeron, tenían como destino ser comercializadas con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaban. 9° Los imputados 001 y 002 no cuentan con juzgamientos." (folios 687 a 690). De acuerdo con este acervo fáctico, el Tribunal de Juicio concluye que la organización dedicada a la comercialización de cocaína la integraban seis personas: 001, 002, 003, 004, una mujer no identificada de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura aproximada, 30-35 años de edad aproximada, y un hombre no identificado, de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada. El *a quo* determina la distribución de funciones de los integrantes de la organización de forma tal que 001 era la "cabecilla" de la organización; su hijo 002, el segundo al mando; y las restantes cuatro personas (003, 004 y la pareja no identificada), últimos en la línea jerárquica que recibían órdenes de 001 y 002. Esta estructura jerárquica interna de la organización, señalada por el Tribunal de Juicio, no la acepta el Tribunal de Apelación, sobre todo respecto de 004 a pesar de que, para su análisis, parte de lo establecido en los hechos probados. El *ad quem* señala en la sentencia 2014-1788 de las 13:30 horas, de 16 de septiembre de 2014 (folios 846 a 858) que "...al momento del allanamiento, fue a dicha imputada [004] a quien se le encontró el dinero previamente identificado por la autoridad judicial con el cual el colaborador adquirió, de sus manos, droga, y también poseía otras dosis de cocaína dispuestas para la venta. También es un hecho probado que, en ese momento, el otro coencartado 002 no se encontraba en el lugar y llegó después, porque andaba en una cita médica. Así lo declaró el propio imputado y para ello se ofreció por parte de la defensa, prueba documental que acreditaba una cita médica (Cfr. folio 668) y fue analizado por las Juzgadas en el fallo (Cfr. folio 710), de modo que la imputada 004 quedó sola, por algún tiempo, encargada de la venta de droga. Ahora bien, el Tribunal acreditó la menor reprochabilidad de la conducta de 004, a partir de su propia declaración y sin ningún otro dato objetivo que así lo confirme... Véase que el fundamento, para atribuirle menor reprochabilidad a la imputada, deriva de su propio testimonio, sin ningún otro dato que permita su comprobación. Además, de criterios subjetivos, como la existencia de un ciclo de violencia doméstica que no fue acreditado, y que la defensa refutó al señalar que la encartada después de que el imputado 002 fue detenido, le hacía visita conyugal en el centro penal donde estaba recluso. A la vez, de manera poco clara se dijo que su





relato era creíble, por la cantidad y lugares en donde se encontró la droga dentro del bar pero, en ningún momento, a lo largo de toda la sentencia, se analizó el grado de participación de dicha encartada en los hechos acusados ni, si su dicho, de que recibía órdenes, era una situación particular suya y cómoda para eludir su responsabilidad penal por los hechos, tomando en cuenta que fue ella quien vendió, en dos ocasiones, al colaborador durante las compras controladas y en la compra final. Este tema requería de un especial análisis, omitido en el fallo que se conoce, pues solo a partir de la menor reprochabilidad es que se puede justificar que se le otorgue un trato desigual a dos imputados, uno que es condenado, por la declaración de otro, que se ve beneficiado con un criterio de oportunidad... Bajo ese análisis considera ésta Cámara, y a partir de la lectura integral y cuidadosa de la sentencia, que en la resolución, se omitió un análisis profundo y meticuloso para acreditar la menor reprochabilidad de la conducta realizada por la imputada 004 con respecto a los otros imputados, como para poderla tener como testigo de la corona en contra de ellos.” (folios 856 vuelto y 857 frente). De la lectura de este extracto de la sentencia 2014-1788, se concluye que los Jueces de Apelación emiten dos criterios: a) consideran a 004 como una persona a la que se le debe atribuir el mismo grado de reprochabilidad que se le atribuyó a 001 y 002 y, b) el *a quo* no explicó adecuadamente la razones por las que se debe considerar a 004 una persona con menor reprochabilidad que 001 y 002 y, por ende, sujeto de un criterio de oportunidad. Lo anterior se contrapone abiertamente con lo resuelto por la jurisprudencia de esta Cámara en el voto 2014-1030 de las 10:00 horas, de 27 de junio de 2014, en el que se aclara que la participación de la persona que se beneficia de un criterio de oportunidad -el llamado “testigo de la corona” o “imputado arrepentido”-, debe ser menos lesiva para el bien jurídico tutelado, que aquellas conductas que desplegaron otros coautores del hecho investigado, en este caso, precisamente de 001 y 002. Debe entenderse entonces que, una vez admitida como prueba la declaración de una persona a quien se le ha aprobado un criterio de oportunidad por tener un grado inferior de reprochabilidad respecto de otro u otros encartados, esa declaración puede ser valorada por el Tribunal al momento del estudio probatorio intelectual que se realice sobre todos los hechos acusados, incluso sobre hechos relacionados a imputados con un grado de reprochabilidad menor, pero siempre que la declaración verse no solo sobre estos últimos, sino en primer lugar sobre los hechos de los imputados que tienen un grado mayor de reprochabilidad. Contrario al pensar del Tribunal de Apelación, el *a quo* sí analizó el grado de reprochabilidad en cuanto a la participación de la encartada 004 en los hechos acusados, cuya versión fue

contrastada con otras probanzas objetivas, con el fin de determinar la validez del criterio de oportunidad otorgado, sopesando también la función que le correspondió dentro de la estructura delincencial dedicada a la venta de drogas dentro del local comercial. De los hechos probados consignados por el *ad quem* en su resolución se deriva que, si bien la endilgada 004-beneficiada con la aplicación del criterio de oportunidad-, participó en la venta de drogas dentro del Bar “Manjar del Mar”, puede considerarse, como lo hizo el Tribunal de Juicio, que trabajó en dicho establecimiento comercial como dependiente, quien señaló al encartado 002 como la persona de la cual recibía instrucciones para el trabajo ilícito, afirmando incluso que le conminaba a vender drogas, y que 001 era la dueña y administradora del bar. Yerra el *ad quem* cuando afirma que el fundamento para atribuirle menor reprochabilidad a la imputada, deriva de su propio testimonio, sin contar con ningún otro dato que permita su comprobación (folio 857 frente), cuando lo cierto es que, el tribunal de primera instancia es conteste en destacar la veracidad de su declaración, en razón de los hallazgos de droga en el lugar, que se ocultaba en diversos lugares detrás de la barra, así como se consideró también, la forma en que se localizó la mayor parte del dinero asociado a las ventas ilícitas de drogas y, no menos importante, que la misma señaló a 001 y 002 en la sala de juicio con plena seguridad de ser la primera la dueña y administradora del lugar y el segundo, quien le giraba instrucciones u órdenes para vender droga. Por lo anterior, su conducta resultaría menos reprochable que la de los otros coencartados, por la posición que ostentaba al interno de la organización delictiva. De esta forma, se observa que la tesis del Órgano de Alzada es improcedente porque parte de una interpretación errónea en cuanto al grado de reprochabilidad sobre la participación que tuvo la encartada 004 en los hechos tenidos por demostrados, al concluir sobre una aparente igualdad de reprochabilidad entre 004 y los imputados 001 y 002, obviándose en todo momento los lineamientos de lo que esta Sala dictó en el voto 2014-1030, pronunciamiento que además despeja la duda sobre la posibilidad de otorgar el criterio de oportunidad incluso a acusados con un grado de reproche mayor a alguno o algunos de los autores o partícipes del hecho, pues lo que la norma pretende, “...es que no se fomente la impunidad para aquellos acusados que, pese a la alta reprochabilidad de su actuar delictivo, pretendan evitar una sanción penal cooperando con el Ministerio Público, más no implica ello que su declaración no pueda abarcar todos los aspectos y detalles de los hechos que se investigan, incluyendo las acciones de aquellos imputados cuyas acciones fueran menos reprochables que la propia” (el subrayado es del original). Lo anterior resulta acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al indicar que “...el criterio de





*oportunidad regulado en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, tiene como finalidad la eficaz represión de la delincuencia de mayor reprochabilidad, dentro del contexto de la política criminal del Estado.”* (Sala Constitucional, sentencia 04142, 14:51 horas, del 02 de junio de 1999). En consecuencia, lleva razón la representación fiscal en que lo resuelto por el Tribunal de Apelación, se aparta de la debida interpretación sobre los lineamientos que esta Cámara casacional emitió recientemente sobre el criterio de oportunidad en el voto citado, al cuestionar la procedencia del principio de oportunidad otorgado a 004, con argumentos que desconocen y se contraponen a lo resuelto por la jurisprudencia de esta Sala. Así las cosas, se declara, por voto de mayoría, con lugar este primer motivo de casación del Ministerio Público, se anula la sentencia del Tribunal de Apelación en cuanto descartó la validez del criterio de oportunidad que se aplicó a la endilgada 004, por resultar el mismo acorde con los precedentes jurisprudenciales de esta Sala.

**IV. Segundo motivo de casación.** La fiscal alega, como segundo reproche de impugnación y, de acuerdo con los artículos 467 y 468 inciso a), ambos del Código Procesal Penal, la **errónea aplicación de un precepto legal procesal**, con inobservancia de los numerales 182 y 468 inciso b) del Código Procesal Penal. Señala que el *ad quem* en la sentencia recurrida hizo una eliminación de las pruebas generadas a partir del colaborador confidencial. Así, lo resolvió el Tribunal de Apelación, al resolver: “...tanto las declaraciones policiales, como los respectivos informes, los decomisos de drogas y las actas de comprobación de venta de droga, se sustentan en lo dicho por éste colaborador, quien no fue sometido al contradictorio y al interrogatorio de las partes.” (f. 878). Sin embargo, ignoró que, la prueba sufrió una transformación, la cual, sí fue observada por el tribunal de primera instancia, quien aplicó la condenatoria de los hoy absueltos, pero no, por los miembros del Tribunal de Apelación. Concreta que, la prueba que se aportó por medio de informes y declaraciones en juicio de los oficiales, es prueba indirecta que debió analizarse, pero se omitió hacerlo por considerarla espuria o invalorable. Argumenta que, fue prueba indiciaria, que fundamentó tanto al criterio de oportunidad como a la investigación en sí. Sin embargo, el Tribunal llegó al punto de desvalorar la prueba pericial, la cual, es de carácter científico y prueba el expendio de sustancias psicotrópicas en el sitio. Bajo esta tesitura, transcribe el voto número 2014-451, dictado por esta Sala, en que se indicó que: “...en el caso concreto, no se expone la operación lógica o el razonamiento, que le permite al Tribunal concluir en la forma que lo hace. Hay una ausencia total de una valoración conjunta de los indicios considerados, situación que genera en una grave omisión

*a las reglas de la sana crítica. Tratándose de ese tipo de prueba, se requiere exponer claramente por qué determinado conjunto de indicios producen el estado de certeza sobre el hecho, ya que, como señalan los precedentes jurisprudenciales: “los indicios deben tomarse en una evaluación conjunta, es decir, que no deben considerarse aisladamente, ya que tomados en su condición individual pueden producir conclusiones contradictorias o de duda que acarrearían indefectiblemente el vicio de anfibología. Así, la prueba indiciaria no vale por el significado de cada indicio en particular, sino más bien por el conjunto de los mismos, de tal forma que la valoración judicial debe ser hecha sobre todos ellos, a fin de indagar su hilación y emitir un juicio concluyente sobre su univocidad. Los indicios idóneos para esta valoración no serán otros más que los que se hayan producido en el debate, a fin de garantizar adecuadamente el derecho de defensa (en lo que se refiere a la indicación de cuáles se han tomado en cuenta, cuál es su hilación lógica y cómo prueban lo que se quiere probar). El juzgador debe, entonces, hacer una indicación de ellos en la sentencia; y exponer claramente la valoración que se desprende de su encuesta global”* (Sentencias números 525-F-93 de las 9:25 horas, del 10-09-1993 y, 115-2000, de las 8:40 horas, del 04-02-2000, ambas de esta Sala.” Y en ese mismo sentido, expone el voto número 2014-211, del Tribunal de Apelación de Cartago. (fs. 880-881). Concluye que, el error anteriormente apuntado, obstruyó el ejercicio de la pretensión punitiva del Ministerio Público de forma arbitraria, incidiendo de manera directa en el análisis probatorio, al eliminar prueba generada por el colaborador confidencial y presentarla de manera indirecta. En virtud de lo anteriormente expuesto, afirma que, se le causó un gravamen irreparable que debe ser corregido. Solicita la anulación de la sentencia número 2014-1788, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José. Pretende, se ordene el reenvío para su nueva sustanciación. Reitera como agravio que, la sentencia impugnada coarta la pretensión punitiva del Ministerio Público, estableciendo requisitos a la acción penal donde la ley no los fija, y coaccionando al ente acusador a proceder contrario a derecho. Finalmente, expresa que, se lesionaron el principio de certeza jurídica y el de tutela judicial al encontrarse con criterios diversos sobre la resolución de un mismo punto. **El reparo se declara con lugar.** Tratándose del vicio de inobservancia de un precepto legal de tipo procesal relacionado con la aparente carencia de una fundamentación adecuada y suficiente en el fallo que se impugna -como es el caso que nos ocupa-, resulta esencial determinar la obligación de todo Juzgador de cumplir con la forma procesal que se reclama siendo que, de verificarse su incumplimiento, se sanciona con la ineficacia de la sentencia, de acuerdo con





lo preceptuado por el artículo 142 del Código Procesal Penal. Es por ello que, en tesis de principio, de constatarse ese yerro en una sentencia dictada por un tribunal de Alzada, el tema sería objeto de impugnación como inobservancia de un precepto legal procesal que justifique la interposición de un recurso de casación. Ya esta Sala ha señalado en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, que un vicio de esta naturaleza, -como el que se alega en el presente asunto-, se configurará “...no sólo ante la ausencia absoluta de la fundamentación en el fallo, verbigracia, aquellos casos en que existen puntos impugnados no resueltos por el ad quem, sino también, aquellos en los que los razonamientos empleados ostentan un grave error en su construcción lógica, de tal entidad que implican la ineficacia de la resolución, por versar sobre un aspecto esencial y decisivo en lo resuelto” (Sala Tercera, resolución número 1616, de las 15:35 horas, del 23 de octubre de 2012). En el presente caso, examinada la protesta de la representante fiscal en relación con la aplicación errónea del precepto de libertad probatoria que se rige por el artículo 182 del Código Procesal Penal, esta Sala aprecia que el Tribunal de Apelación incurre en un grosero error en la construcción lógica de fundamentación de su fallo, como bien lo sostiene la recurrente. El citado numeral 182 al respecto indica: “Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.” Sobre el particular, de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que nuestro sistema procesal no se atiene a un régimen de pruebas legales o tasadas, sino en la libertad probatoria, de suerte que todos los extremos relevantes pueden demostrarse a través de cualquier medio lícito. Así, se ha dicho: “Nuestro sistema procesal penal no utiliza prueba tasada en la resolución de los asuntos puestos en conocimiento de la Autoridad Jurisdiccional, los cuales se resuelven mediante el principio de libertad probatoria, el cual establece que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, podrán probarse por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley (artículos 181 y 182 del Código Procesal Penal). Dicha prueba debe ser valorada mediante las reglas de la sana crítica, lo cual permitirá determinar, si es suficiente para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho acusado por parte del imputado.” (Sala Tercera, resolución 2009-00974, ocho horas con cuarenta y nueve minutos del catorce de agosto de dos mil nueve). Con relación al caso que nos ocupa, en el apartado de la sentencia de apelación denominado como A) -folios 849 a 854-, se contiene el análisis que el Órgano de Alzada brindó con relación a la prueba que se sustenta en las declaraciones de los oficiales de la Policía Judicial, los informes

rendidos por estos, los decomisos de drogas, así como las actas de comprobación de venta de droga, la cual a su entender, se sustenta en lo dicho por el colaborador policial, quien fue la persona que ingresó al sitio donde se sospechaba se vendía droga y realizó varias compras encubiertas, controladas por la policía, dentro de la investigación criminal que se efectuó al respecto. Concretamente, los juzgadores realizan una descripción de las diversas actuaciones policiales que se llevaron a cabo dentro de la investigación que se siguió en torno a la aparente venta de drogas que se estaba dando dentro del bar “Manjar del Mar”, con la ayuda de un colaborador, quien fue el encargado de hacer las compras de droga y entregarlas a los oficiales que dirigían la investigación. Para el Tribunal de Apelación, las diligencias que realizó la policía judicial sirvieron como material para posteriores investigaciones y con el objetivo de individualizar a las personas que en apariencia, se dedicaban a la venta de drogas en dicho establecimiento comercial. Describen no solo las ventas controladas que se hicieron desde el mes de febrero hasta abril del año 2013, sino también, las circunstancias que acaecieron durante el operativo final de compra con la participación del Juez de Garantías. No obstante, el punto medular sobre el cual enfatizan el Juez y Juezas de Apelación en la motivación del fallo y por el cual acogen los alegatos de la parte quejosa ante esa instancia estriba en que, a lo largo de la investigación policial y durante el operativo final, “...nadie más que el colaborador -quien no declaró en juicio- pudo apreciar quien hizo la venta final y esta información se la entregó a los oficiales de policía que, de inmediato, realizaron el allanamiento y detuvieron a 004, pues fue la persona que el colaborador identificó como la persona que hizo dicha venta [...] Es así que, de los testimonios de todos los oficiales que participaron en la investigación y que declararon en el debate, y sobre los cuales se basa la sentencia condenatoria, resulta incontrovertido que el único que puedo (sic) decir quien fue la persona que le vendió droga en el operativo final, y en las compras controladas a terceros, era el colaborador, pues los oficiales no tuvieron suficiente visibilidad para apreciar las transacciones” (folio 851 frente). De esta manera, sostienen que resultaba indispensable que el colaborador hubiese declarado en el debate, si lo que se pretendía era acreditar la venta de drogas de parte de los acusados, en vista de que la policía no pudo apreciar las diversas transacciones de drogas, incluida la que se gestó en el operativo final del 16 de abril del 2013. Como lo indica el fallo, “...era el único que podía identificar a las personas que le vendieron la droga en las diferentes ocasiones: fue él quien identificó a 002 en una fotografía, que le suministró la policía, fue él quien dijo que, en una ocasión, la encartada 001, vendió droga, y fue él quien, en la última compra, señaló a 004 como su vendedora” (folio 852 vuelto). Asimismo,





cuestionaron que se señalara a la coencartada 001 como la cabecilla de la organización cuando se desprende que ésta no visitaba prácticamente el bar, pues las vigilancias y los seguimientos así lo determinaron, colocándosele sin mayor sustento en una posición de jerarquía dentro de la organización criminal. En conclusión, señalan que “...introducir de manera indirecta, la versión que el colaborador dio a los policías, sobre las personas que le realizaron las diferentes ventas de droga y cuyas actividades no fueron observadas directamente por ninguno de los oficiales de la policía, ante la imposibilidad material, ya que todas las transacciones se realizaron dentro del bar, constituye prueba ilegal, al lesionar los principios de oralidad, inmediación y contradictorio al que tienen derecho las partes, pero también los imputados de interrogar al colaborador sobre los elementos esenciales de su deposición” (folio 853 frente). Posteriormente, analizaron por separado en un acápite que se denomina B) -folios 855 a 858-, lo referente a la declaración de 004, testigo a la que se otorgó un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público el cual se descalifica, en síntesis, porque no se valoró que su grado de participación y reprochabilidad en las ventas en que participó, concretamente en la del operativo final, resulta igual que la de los otros copartícipes, madre e hijo, lo que impedía concederle ese beneficio. Ahora bien, analizado el reproche y la forma en que se resolvieron los reclamos, constata esta Cámara que el error grave en el razonamiento de fondo consiste en que se partió de una ponderación sesgada de todas las probanzas incorporadas en la sentencia, con afectación directa al derecho que posee la fiscalía, de llevar a juicio el acervo probatorio que sirva a su interés. Véase que, por un lado, se descalifica toda la prueba vinculada con la investigación policial constituido por la declaración de la testigo 004, las declaraciones de los oficiales de policía, los informes policiales, los decomisos de drogas, las actas de comprobación de venta de droga y los informes periciales químico forenses y se le tilda de “ilegal” bajo el pretexto de que no se contó con la versión de la persona que fungió como colaborador y que por esa razón, todo lo obtenido resulta espurio. La jurisprudencia de esta Sala ha indicado que la limitación probatoria no reside en la calidad o tipo de prueba respecto a un cierto hecho, sino en su modo de obtención (ver al respecto, resolución 00567-2006, 14:00 horas, del 19 de junio de dos mil seis). Las compras controladas de droga y demás probanzas originadas con la investigación policial, con la ayuda de un colaborador policial, si bien no constituyen delitos independientes por los que la parte acusada pueda ser sancionada, las mismas no pueden ser tildadas *per se* de ilegales, porque no se contó con la declaración de la persona que fungió como colaborador. Con relación al uso de “colaboradores” confidenciales, se encuentran legal y expresamente autorizados en los artículos 10 y 11

de la Ley sobre estupefacientes como técnica válida para investigar este tipo de criminalidad. Al respecto, en su voto 7079-M-97 de las 18:30 horas, de 28 de octubre de 1997, la Sala Constitucional estableció: “**El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios;...**”. También conviene traer a colación lo dicho por la Sala Tercera en su voto N° 957-2007, de las 10:00 horas, del 12 de setiembre de 2007, en el cual se dijo -en lo conducente- lo siguiente: “...debe recordarse que los artículos 10 y 11 de la Ley sobre Estupefacientes vigente contemplan, de manera expresa, el uso de agentes encubiertos o bien de colaboradores (particulares) como una técnica de investigación válida; validez que también ha sido reconocida por la Sala Constitucional, destacando, además, la posibilidad de que se mantenga en reserva la identidad del colaborador, de forma que sus actuaciones puedan ser descritas por los oficiales de policía que personalmente las hayan observado o se introduzcan a través de otros medios de prueba confiables, cual la filmación en vídeo. Así, en la sentencia No. 900-99, dictada por esta Sala a las 9:47 horas de 19 de julio de 1999, se expuso: “Tanto esta Sala como la Constitucional, han señalado en distintos votos, la legalidad y la pertinencia del uso por la policía, de agentes o colaboradores encubiertos, los que constituyen un mecanismo útil para la constatación de ciertos delitos que, por sus características organizativas, el acceso a medios tecnológicos de sus autores, o la habitual ausencia de rastros que permitan reconstruir el hecho, impiden o dificultan la aplicación de otros métodos investigativos. También se ha admitido la facultad de la policía de mantener oculta la identidad del colaborador y que, consecuentemente, éste se sustraiga a los interrogatorios del Tribunal y de las partes.” Ciertamente, las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, pero no por ello deba calificarse de ilegal la observación y descripción que realice la policía de las actuaciones ejecutadas por el colaborador; lo mismo se debe decir del resto de las actividades de investigación de parte de la policía en la recabación de la prueba que, como el mismo Órgano de Alzada lo admite, es útil como material para individualizar a las personas que, en apariencia, se estaban dedicando a la venta de drogas en el establecimiento comercial. A la policía que participa en los actos de investigación no se le puede vedar que declare sobre aquello que directamente le consta, a saber: que el colaborador haya sido requisado previamente, fuera por la policía, el fiscal o el juez; si vio al informante dirigirse a determinado lugar, comunicarse





con determinadas personas, verlo efectuar la compra de droga o bien, si no observó directamente la transacción, al menos establecer si volvió o no con droga; si se filmó o se tomaron fotografías de las transacciones, etc, es decir, lo anterior no conlleva a negarle validez a las deposiciones de los policías en relación con hechos que les consten personalmente, aunque tengan relación con la actividad del colaborador encubierto o informante. El Tribunal de Apelación se equivoca en anular las pruebas concernientes a las declaraciones testimoniales de los oficiales de policía, los informes policiales y dictámenes químico forenses referidos a las labores de corroboración de los informes confidenciales sobre las aparentes ventas ilícitas de droga en el bar Manjar del Mar, pues las mismas corresponden a la participación policial en los actos de investigación. Parte entonces el *ad quem* de una premisa falsa: que toda la prueba es ilegal porque deriva de la participación del colaborador policial. Del propio razonamiento del Tribunal de Alzada se coligen varios aspectos relacionados con la actuación del colaborador: **A)**- los días 3, 12 y 14 de abril de 2013 los oficiales de policía: *i)* requisan previamente al colaborador, *ii)* ven al colaborador desplazarse desde donde ellos se encuentran y hasta la puerta del Bar Manjar del Mar, y lo ven ingresar al lugar; *iii)* ven al colaborador salir del bar y llegar hasta donde ellos se encuentran; *iv)* reciben del colaborador evidencia, la que resguardan según la debida cadena de custodia; y **B)**- esta evidencia, que les entrega el colaborador, es sometida a examen químico forense, y el resultado es que se trata de droga. El Tribunal de Apelación no lleva razón al tildarlas entonces de ilegítimas, porque derivan de la acción del colaborador; por el contrario, derivan válidamente de la declaración que rinden los oficiales de la policía judicial como testigos presenciales, pues ellos sí ven al colaborador desplazarse, lo ven ingresar, lo ven salir, lo ven venir, y reciben de él evidencia, la que luego de los exámenes químico forenses corresponde a droga. Son elementos válidos y se derivan de prueba que en ningún momento cuestiona el Tribunal de Apelación; esa prueba la constituyen las declaraciones de los oficiales de policía, los informes policiales, las fotografías y los videos, los decomisos de drogas, las actas de comprobación de venta de droga y los informes periciales químico forenses; probanzas que, deben analizarse integralmente y en conjunto con la declaración de 004, -a quien se le aplicó el criterio de oportunidad y que esta Sala avala, según lo que se establece en el Considerando III de esta resolución-, con el fin de resolver las apelaciones formuladas por los defensores de los acusados. De esta forma, el iter intelectual del Tribunal de Apelación es incorrecto, pues parte de que todas las pruebas que constan en autos son nulas. Sin embargo, las probanzas sí son válidas según lo explicado y en el tanto no sean de mera referencia respecto de lo que el colaborador

mencionó en cuanto a su actuación y la de terceros dentro del bar. Además, nótese que la compra final de fecha 16 de abril de 2015 resulta válida también, pues se realiza sobre la base de los elementos de investigación a los que se refieren los investigadores del Organismo de Investigación Judicial, como testigos directos y no de mera referencia. Por estas consideraciones, se declara también con lugar el segundo motivo del recurso de casación del Ministerio Público. Se anula la sentencia de apelación 2014-1788, pues el Tribunal de Apelación fundamenta su decisión, en premisas falsas sobre la validez de gran parte del acervo probatorio; y se mantiene incólume la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José número 136-2014 de las 13:30 horas, de 14 de febrero de 2014. La Magistrada Pereira Villalobos y el Magistrado Arroyo Gutiérrez salvan el voto.

#### Por tanto:

Por Mayoría se declara con lugar el recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Público; Se anula la sentencia 2014-1788 de las 13:30, horas de 16 de septiembre de 2014, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José; y se mantiene incólume la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José número 136-2014 de las 13:30 horas, de 14 de febrero de 2014. La Magistrada Pereira Villalobos y el Magistrado Arroyo Gutiérrez salvan el voto. **Notifíquese.** Jesús Ramírez Q. Magda Pereira V., Doris Arias M., José Manuel Arroyo G., Carlos Chinchilla S.

#### VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA PEREIRA VILLALOBOS

**I.** La suscrita Magistrada, respetuosamente me separo del voto de mayoría emitido por los Magistrados Chinchilla y Ramírez y la Magistrada Arias, así como me aparto de las consideraciones expuestas por el Magistrado Arroyo en su voto salvado, concretamente, en lo que respecta a la validez del criterio de oportunidad concedido a la “testigo de la corona” 004, -y por consiguiente a su declaración- en perjuicio de los encartados 001, 002 y 003, y procedo a hacer mis propias reflexiones.

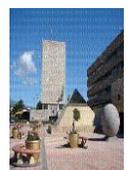
**II. El caso concreto.** Para quien suscribe, de los hechos que el Tribunal de Juicio tuvo por probados se colige que, tal y como lo expuso el Tribunal de Apelación, los dos imputados condenados por el *a quo* actuaron con un mismo grado de reprochabilidad que la “coimputada colaboradora” o “testigo de la corona” 004. Los hechos que se acreditaron fueron los siguientes: “...1º En el espacio temporal entre el 05 de febrero y el 16 de abril





del 2013 los imputados 001, 002, 003 y 004, en asocio de A) mujer de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura aproximada, 30-35 años de edad aproximada; y B) sujeto de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada, integraron un grupo criminal que, de común acuerdo y con distribución de roles y funciones, consuetudinariamente poseyó drogas de uso no autorizado, las cuales almacenaron y comercializaron con los adictos en San José, La Uruca y en Goicoechea. 2° Para realizar las acciones materiales que el narcotráfico les demandó, el grupo delictivo utilizó un inmueble destinado a bar, denominado "Manjar del Mar", administrado por Ana Lorena, ubicado en San José, La Uruca,. Era en éste lugar donde se realizaban labores de posesión y expendió de drogas a los adictos que hasta el sitio llegaban. 3° Los acriminados integraron un grupo estructurado y donde se distribuyeron las funciones relacionadas con el giro comercial de las drogas, de forma tal que les permitió la actuación conjunta o alterna, a saber: a) 001 ocupó un lugar preponderante dentro del grupo por cuanto sobre ella recayeron las labores de administración del local comercial bar "Manjar del Mar", actividad comercial lícita que era aprovechada por el grupo para disfrazar los actos de narcotráfico; sobre 001 recayó también el poder de decisión respecto de los actos de narcotráfico que realizó el grupo delictivo; ella también realizó o asumió labores de comercialización de las drogas que poseyó el grupo. b) 002, persona de gran confianza para 001, ya que al ser su hijo delegó en él las acciones de administración del bar "Manjar del Mar", por ende la administración o supervisión y comercialización de las drogas que el grupo poseyó. c) 004 trabajó en el bar "Manjar del Mar" como dependiente; sobre ella se delegaron labores de comercialización de las drogas que el grupo poseyó; d) dos sujetos con las siguientes características físicas y no identificados: mujer de cabello rubio, contextura gruesa, 1.70 metros de estatura aproximada, 30-35 años de edad aproximada; y sujeto de tez morena, cabello corto, 1.60-1.65 metros de estatura aproximada, los cuales eran dependientes en el bar "Manjar del Mar" y se delegó en ellos labores de comercialización de las drogas que el grupo delictivo poseyó. 4° Durante el período referido, actuando de común acuerdo y mediante distribución de funciones, los imputados 001, 002 y 003, en asocio de los dos sujetos no individualizados, poseyeron y comercializaron drogas con los adictos que llegaron hasta el bar "Manjar del Mar", siendo que además acontecieron las siguientes circunstancias: a) En fechas 05 y 11 de febrero; 04 de marzo; 03, 04, 05 y 08 de abril, todos de 2013, en el bar "Manjar del Mar" dichos imputados 001 y 002 comercializaron con los adictos las drogas que de común acuerdo poseyeron. b) En fecha 03 de abril de 2013 mientras el coimputado 002 comercializó en el bar las

drogas, también le vendió clorhidrato de cocaína a un colaborador policial. c) En fecha 12 de abril del 2013, aproximadamente a las 14:50 horas, la encartada 001 comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron cuando le vendió a un colaborador policial dos dosis de clorhidrato de cocaína. d) En fecha 14 de abril del 2013, aproximadamente a las 17:35 horas, el sujeto descrito como de tez morena, cabello corto, 1,60- 1.65 metros de estatura, comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron cuando le vendió una dosis de clorhidrato de cocaína a un colaborador de la policía. 5° El 16 de abril del 2013, aproximadamente a las 14:50 horas, la coimputada 004 bajo la dirección y mandato del coimputado 002, comercializó drogas de uso no autorizado con los adictos que hasta el bar "Manjar del Mar" llegaron, siendo que también le vendió dos dosis de clorhidrato de cocaína, por lo que canceló el colaborador con los billetes previamente identificados por el Juez Penal para el acto. 6° Realizado el allanamiento del bar "Manjar del Mar", así como la detención y requisa de los imputados 002 y 004, así como de los clientes que se encontraban en el sitio, se localizó y secuestró: ciento setenta y tres dosis de clorhidrato de cocaína lista y dispuesta para ser comercializada; noventa mil colones y ocho dólares americanos, además del dinero previamente identificado por el Juez Penal..." (cfr, folios 687 a 690, el subrayado y la negrita no son del original). Tal y como lo señaló el *ad quem*, a partir de la sentencia de juicio, a ello se sumó como circunstancia que: "...Producto de la requisa a la imputada 004 se (sic) localizó en el busto izquierdo, prensado entre la piel y el brassier, los cuatro billetes previamente marcados y entregados al colaborador con el que hizo la compra final y jurisdiccionalmente controlada en el bar; mismos decomisados mediante acta de secuestro 601830. Se localizó también producto de la requisa corporal a 004, en el busto derecho prensado entre la piel y el brassier, un billete de veinte mil colones, dos billetes de diez mil colones, tres billetes de cinco mil colones, tres billetes de dos mil colones y seis billetes de un mil colones, para un total de sesenta y siete mil colones; dinero decomisado por medio de acta de secuestro 601830. Se localizó además producto de la requisa a 004, en el busto derecho prensado entre la piel y el brassier, tres envoltorios de plástico transparente conteniendo aparente cocaína; evidencia decomisada por acta de secuestro 601830..." (Cfr. folio 711), o sea que, al momento del allanamiento, fue a dicha imputada a quien se le encontró el dinero previamente identificado por la autoridad judicial con el cual el colaborador adquirió, de sus manos, droga, y también poseía otras dosis de cocaína dispuestas para la venta. También es un hecho probado que, en ese momento, el otro co encartado 002





no se encontraba en el lugar y llegó después, porque andaba en una cita médica. Así lo declaró el propio imputado y para ello se ofreció por parte de la defensa, prueba documental que acreditaba una cita médica (Cfr. folio 668) y fue analizado por las Juzgadoras en el fallo (Cfr. folio 710), de modo que la imputada 004 quedó sola, por algún tiempo, encargada de la venta de droga...” (cfr. folio 856 vto, el subrayado y la negrita no son del original). Tal y como lo explicó el Tribunal de Alzada, el órgano de primera instancia acreditó la menor reprochabilidad de la conducta de 004, a partir de su propia declaración y sin ningún otro dato objetivo que lo confirmara. Al respecto se dijo: “...Véase que el fundamento, para atribuirle menor reprochabilidad a la imputada, deriva de su propio testimonio, sin ningún otro dato que permita su comprobación. Además, de criterios subjetivos, como la existencia de un ciclo de violencia doméstica que no fue acreditado, y que la defensa refutó al señalar que la encartada después de que el imputado 002 fue detenido, le hacía visita conyugal en el centro penal donde estaba recluso. A la vez, de manera poco clara se dijo que su relato era creíble, por la cantidad y lugares en donde se encontró la droga dentro del bar pero, en ningún momento, a lo largo de toda la sentencia, se analizó el grado de participación de dicha encartada en los hechos acusados ni, si su dicho, de que recibía órdenes, era una situación particular suya y cómoda para eludir su responsabilidad penal por los hechos, tomando en cuenta que fue ella quien vendió, en dos ocasiones, al colaborador durante las compras controladas y en la compra final. Este tema requería de un especial análisis, omitido en el fallo que se conoce, pues solo a partir de la menor reprochabilidad es que se puede justificar que se le otorgue un trato desigual a dos imputados, uno que es condenado, por la declaración de otro, que se ve beneficiado con un criterio de oportunidad...” ( ) “...considera ésta Cámara, y a partir de la lectura integral y cuidadosa de la sentencia, que en la resolución, se omitió un análisis profundo y meticoloso para acreditar la menor reprochabilidad de la conducta realizada por la imputada 004 con respecto a los otros imputados, como para poderla tener como testigo de la corona en contra de ellos...” (cfr. folios 857 fte y vto). En el presente asunto, el voto de mayoría de esta Sala se pronunció anulando la sentencia de apelación con un razonamiento que, a criterio de la suscrita, desnaturaliza la figura del “testigo de la corona” como uno de los mecanismos que autoriza la aplicación de un criterio de oportunidad. Nótese que de forma improcedente se afirmó: “...Debe entenderse entonces que, una vez admitida como prueba la declaración de una persona a quien se le ha aprobado un criterio de oportunidad por tener un grado inferior de reprochabilidad respecto de otro u otros encartados, esa declaración puede ser valorada por el Tribunal al

momento del estudio probatorio intelectual que se realice sobre todos los hechos acusados, incluso sobre hechos relacionados a imputados con un grado de reprochabilidad menor, pero siempre que la declaración verse no solo sobre estos últimos...”. El voto de mayoría olvida el contenido de la redacción del numeral 22 inciso b) del Código Procesal Penal, según el cual, “el colaborador” debe brindar información esencial y útil para evitar que continúe el delito o probar la participación de otros imputados, siempre que su conducta “sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita”. Cabe señalar que el criterio que aquí sostengo, lo mantuve en un voto disidente en la sentencia 2014-01030, de las 10:00 horas, del 27 de junio de 2014 emitida por esta Sala de Casación Penal. Dentro de la modalidad que nos ocupa, el criterio de oportunidad tiene como presupuesto lógico que la persona a cuyo favor se aplica haya incurrido en un hecho punible, sea como coautor o partícipe, siempre y cuando sus actuaciones ameriten **un reproche menor** que aquel que corresponde al resto de las personas sometidas al proceso. En el año 2013, esta Sala, con integración de Magistradas y Magistrados Titulares, en un caso concreto determinó que a un “testigo de la corona” (ejecutor material del homicidio) se le había otorgado un criterio de oportunidad con claro incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su procedencia, siendo su conducta tan reprochable como la de los demás coautores, entre ellos, el autor intelectual. En cuanto al requisito de la reprochabilidad, en dicha sentencia se anotó que debe darse un análisis cuidadoso, con el fin de determinar la legalidad y procedencia del criterio de oportunidad, por cuanto “...Si bien, la ley le otorga al ente fiscal un amplio margen de negociación e incluso la potestad para prescindir total o parcialmente de la persecución penal, también es cierto que  **fija un límite para el ejercicio de esa discrecionalidad, en tanto advierte que el beneficiado deberá tener una conducta menos reprochable que la que se imputa a los demás copartícipes del hecho que se pretende cesar o probar...**” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2013-001712, de las 14:21 horas, del 22 de noviembre de 2013, la negrita y el subrayado no son del original). La decisión adoptada en aquella oportunidad se ajustó a lo establecido la Sala Constitucional, la cual ha dicho que: “...de una lectura del artículo 22 inciso b) impugnado, se infiere claramente que  **el criterio de oportunidad por colaboración, se aplica a aquellos partícipes cuya actuación se considere menos reprochable...**” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 2009-012090, de las 14:45 horas, del 31 de julio de 2009, voto mayoritario, la negrita y el subrayado no son del original). En la especie, a 004 se le otorgó un criterio de oportunidad por ser la “arrepentida” o “testigo





de la corona”, pese a que la plataforma fáctica en su contra era de igual reprochabilidad que la de 001y 002, quienes fueron condenados por el *a quo* por el ilícito acusado. Nótese que, como bien lo apunta el Tribunal de Apelación, en debate se acreditó que 004 comercializó drogas de uso no autorizado. Ella fue quien participó en la compra final y jurisdiccionalmente controlada, quien, el día del allanamiento, al ser requisada, se le ubicaron en su cuerpo los billetes previamente identificados por el Juez Penal, junto a otros billetes y envoltorios de plástico transparente con cocaína. De acuerdo con el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, la conducta del “testigo de la corona” se condiciona a que sea de menor reproche que aquella cuya persecución se facilita, lo que implica que, en casos de coimputados, debe hacerse un ejercicio individual respecto a la reprochabilidad de cada cual, sin que se incluya en el texto legal, como lo entendió la mayoría, que basta que el comportamiento del “colaborador” sea de menor reproche que el de alguno de los imputados para que su dicho se utilice en contra de todos. Aceptar dicha interpretación (sumamente amplia) implica hacer una distinción que la ley no hace, con el inconveniente de que en la praxis se llegue a dar un uso indiscriminado de este instituto procesal, pudiendo quedar impunes dentro de una misma causa penal “testigos de la corona” con mayor reprochabilidad que otros de los coimputados. En razón de lo expuesto, considero que, en el caso concreto, el criterio de oportunidad de la “coimputada colaboradora” 004 resultó ilegal, al no cumplirse con los requisitos exigidos por el Código Procesal Penal para esta modalidad, siendo improcedente que la sentencia de juicio se fundara en su declaración para sustentar la condena emitida contra 001 y 002. Partiendo de que esta declaración debe excluirse, así como del hecho de que el agente colaborador encubierto no se presentó a declarar al debate (no se ofreció su testimonio), al contarse únicamente con testimonios de referencia e informes policiales, la suscrita opta por rechazar el recurso del Ministerio Público y confirmar la decisión del Tribunal de Apelación. *Magda Pereira V.*

#### VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARROYO GUTIÉRREZ

Quien suscribe, Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez, con el debido respeto se aparta del criterio de mayoría en este asunto y salva su voto en los términos que de seguido se explican. En razón de lo que se define en esta posición, se entra a conocer en primer lugar el segundo de los temas planteados en el recurso del Ministerio Público, a saber, lo atinente a la intervención del “colaborador” cuya identidad no ha sido conocida en autos. La intervención y credibilidad -determinantes para las condenatorias que en principio fueron dictaminadas-,

respecto de la actuación del llamado “colaborador” en la investigación que fue conducida en el presente caso, debe destacarse, en primer lugar, tal y como lo hace ver la resolución del Tribunal de Apelaciones, el Ministerio Público nunca ofreció el testimonio de esta pieza clave en el caso bajo análisis. Consecuentemente, en juicio tampoco pudo contarse con su versión de los hechos y, si bien este juzgador no ignora que tal recurso procesal por parte del ente acusador puede ser manejado de esa manera, es en nuestro criterio indispensable que, cuando la acusación prescinde de tan importante aporte, el resto del cuadro probatorio debe permitir sustentar, más allá de toda duda razonable, el fundamento de una condenatoria. Para este juzgador debe mantenerse el criterio de que, ante la ausencia en juicio del agente colaborador encubierto, debe contarse con otros testigos o medios probatorios contundentes que permitan realizar un juicio de culpabilidad contra los imputados. En el presente caso esos medios alternos e indispensables no concurren. Véase que se cuenta con informes policiales, testimonios de agentes a cargo de la investigación, dictámenes de laboratorio y los resultados finales de un allanamiento, pero todos esos elementos de juicio se sustentan, absolutamente, en lo que supuestamente les informó ese colaborador encubierto, de manera que, sólo se tiene el fundamento indirecto de lo que pudo haber ocurrido con las compras previas y la definitiva, así como con la indicación de quién vendió droga y en qué momento, todo dependiendo de la versión del desconocido colaborador. No existe en la especie quien pudiera corroborar lo que ocurrió en el interior del bar “Manjar del Mar”, ni existen videos o vigilancias que así lo confirmaran, además de la versión sobre los hechos que dio el ausente anónimo. Dependerían las conclusiones extraídas, en definitiva, de lo revelado por la imputada-testigo, 004, punto de apoyo insuficiente para quien emite este voto de minoría, dado no solo el interés personal de quien pretende obtener una ventaja procesal, sino también la imposibilidad de corroborar, en su caso, lo que realmente sucedió a lo largo de esta investigación, amén de que su testimonio únicamente hace señalamientos genéricos contra los coimputados 001 y 002, acerca de la responsabilidad en el negocio ilícito y nunca respecto de las ventas concretas de droga que fueron realizadas y cuya única forma de comprobarlas hubiera sido la comparecencia del colaborador encubierto. En consecuencia, para este juzgador sería de recibo el fallo del tribunal de alzada que rechaza el recurso del Ministerio Público sobre este tópico y dictamina la absolutoria de los acusados en vista de que no puede enmendarse, mediante reenvío, los vicios que se han cometido en el proceso. Por otra parte, dada la trascendencia que el tema tiene, este voto de minoría también considera importante hacer algunas consideraciones en relación al primero de los temas





planteados en este caso. Es así cómo se considera, en primer lugar, con respecto al tema de la condición de “testigo de la corona” de 004 no lleva razón el Tribunal de Apelaciones (sentencia 2014-1788 de las 13:30 horas del 16 de setiembre de 2014) al pretender descalificar la sentencia del Tribunal de Juicio (sentencia 136-2014 de las 13:30 horas del 14 de febrero de 2014) por carecer, en su opinión, de fundamentación suficiente en cuanto al grado de participación y responsabilidad de la coimputada-testigo 004 y que por tanto no debió ser considerada como “testigo de la corona”. Para este juzgador el tribunal de alzada se equivoca en este extremo, pues de la prueba recibida y valorada está claramente establecido, que sí hubo una organización criminal donde los coimputados 001 y 002, eran, la primera dueña y el segundo administrador del establecimiento comercial “Manjar del Mar”, sitio donde se detectó la actividad ilícita de venta de sustancias prohibidas. Además se ha evidenciado que 004 y otras personas involucradas, fueron contratadas para desempeñarse en ese establecimiento como dependientes, en principio de una actividad lícita, y posteriormente obligadas a vender drogas. Por esta razón está claro que 004 merecía una menor reprochabilidad, comparando su situación respecto de la de 001 y 002. De manera que para este juzgador se cumple en el caso con los elementos indispensables para poder aplicar el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, pues estamos ante la existencia de una organización criminal dedicada a la posesión y comercialización de sustancias prohibidas; además se trata de una organización estructurada con cabecilla, cuadros medios y cuadros bajos, con una clara distribución de roles y funciones; y, finalmente, está demostrado también que en esa organización, la imputada-testigo 004 ocupaba una posición media, susceptible de ser considerada para declarar en contra de

sus antiguos socios de ilicitud, susceptibles de un mayor reproche. Por otra parte, fundamentó bien el tribunal sentenciador, los argumentos de la defensa de los coimputados condenados, cuando pretendieron desmerecer la versión de 004, cuestionando una supuesta violencia doméstica de 002 sobre ella, en tanto, como bien lo dicen las juezas de juicio, independientemente de si hubo tal violencia, lo cierto es que la versión de 004 - fuera por haberse visto coaccionada en un contexto de violencia de género, sea porque temiera una penalidad grave por cualquier otro motivo-, coincide con los hallazgos el día del allanamiento, y las otras evidencias de cómo estaba organizada y estructurada la banda criminal para la venta de droga a un nivel muy general, que no daba para establecer responsabilidades concretas, aunque sí para apreciar líneas genéricas de lo sucedido. De manera que para quien suscribe este voto minoritario, el punto que ha sido puesto en discusión acerca de si el Ministerio Público podía ofrecer el criterio de oportunidad que brindó a 004 no es el que puede determinar la legitimidad del fallo pronunciado por el Tribunal de Apelación. Ahora bien, como el recurso fiscal se centra en el supuesto de una jurisprudencia contradictoria, más allá de si formalmente este es un alegato bien planteado, para este juzgador resulta intrascendente el pronunciamiento sobre este aspecto, dado que, como ha quedado expuesto líneas arriba, quien suscribe este voto tiene razones suficientes para declarar sin lugar el recurso del Ministerio Público, apoyando la sentencia del Tribunal de Apelación, en vista del escrutinio que pueda hacerse acerca de la intervención del llamado “colaborador” y la imposibilidad de dar razón al ente acusador en este reclamo y, en consecuencia, la necesidad de confirmar lo dictaminado en alzada. **José Manuel Arroyo G.**

