



## 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)

1 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)” (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **14**  
**2017**

### RESOLUCIÓN

**Resolución N°:** 2016-01076  
**Órgano emisor:** Sala de Casación Penal  
**Fecha resolución:** 14 de octubre del 2016  
**Recurso de:** Casación de sentencia penal

### DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor 1:** Principios de inmediación y concentración  
⇒ **Restrictor 1:** Vista oral

### SUMARIOS

- No se vulneran los principios de inmediación y concentración en el caso de que el juez de un tribunal de apelación de sentencia penal emita el fallo sin haber estado presente en la vista, siempre y cuando los argumentos de las partes consten por escrito y no se evacuen pruebas.

### EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“Para efectos de las audiencias orales en sede de Apelación y Casación, la jurisprudencia procesal penal, en aras de velar por una eficiente administración de justicia así como por el principio de justicia pronta y cumplida, ha establecido, como excepción a la inmediatez que, cuando de la realización de las audiencias orales en la etapa de impugnación se trate, reguladas en los artículos 463 del Código Procesal Penal,

para el recurso de apelación y 472 del mismo cuerpo legal para el recurso de casación, no se genera una ruptura a los principios procesales el que uno de los jueces del Tribunal que emite el fallo, no haya concurrido a la audiencia oral”.

“Para esta Sala, si es posible - constitucionalmente hablando-, que en aquellas vistas en las que no se reciban elementos de prueba oral o,





que las argumentaciones de las partes consten ya por escrito, sin que se aporte nada nuevo -como ocurre en la mayoría de los recursos de casación y algunos de los de revisión-, donde las partes van a la audiencia oral a sintetizar los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto por escrito, puedan intervenir otros jueces, distintos a los que participaron en la vista, a la hora de tomar la decisión, si y sólo si, están en capacidad de hacerlo y existen razones justificadas (que deberán constar por escrito) que impidan que quienes estuvieron en la audiencia oral se reúnan en fecha próxima a estudiar y resolver el asunto" (Sala Constitucional, voto 12593-11).

"No se afecta el debido proceso, ni el principio de inmediación, con esta solución, en la medida en que en ningún caso en que se reciba prueba, o se aporte un elemento nuevo, se permitirá que jueces distintos a los que estuvieron en la audiencia resuelvan el asunto, y ésto sólo podrá hacerse cuando: a) existan razones justificadas, o, b) cuando lo que se da en audiencia oral es sólo una sintetización de los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto o constan por escrito con anterioridad, sin aportar nada nuevo" (Sala Constitucional, voto 12593-11).

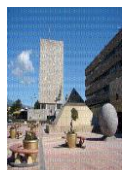
## VOTO INTEGRO N°2016-01076, Sala de Casación Penal

**Res: 2016-01076. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del catorce de octubre del dos mil dieciséis. Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]; por el delito de **Homicidio Calificado, Violación Simple y Robo Agravado**, cometido en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso, la Magistrada y los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez. También intervienen en esta instancia, la licenciada Nazira Merayo Arias, en su condición de defensora pública del imputado. Se apersonó el Licenciado Julián Martínez Madriz como representante de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público.

**Resultando: 1.** Mediante sentencia N° 2015-574, dictada a las catorce horas y treinta y cuatro minutos del once de setiembre del dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolvió: **"POR TANTO: Se declara sin lugar el recurso interpuesto por la licenciada Nazira Merayo Arias. NOTIFÍQUESE. RAFAEL GULLOCK VARGAS - JUEZ/A DECISOR/A GUSTAVO CHANG MORA - JUEZ/A DECISOR/A JORGE ARTURO ROJAS FONSECA - JUEZ/A DECISOR/A (sic)."** **2.** Contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Nazira Merayo Arias, en su condición de defensora pública del encartado, interpuso Recurso de Casación. **3.** Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. **4.** En los procedimientos

se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa **la Magistrada Arias Madrigal**; y,

**Considerando: I.-** En razón de que el nombramiento de los Magistrados Suplentes de esta Sala de Casación Penal, venció el 15 de febrero del año en curso, se impone integrar la Sala con los Magistrados y Magistrada titulares Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez, habida cuenta de la imposibilidad que existe de integrar la Sala de otra forma. Lo anterior, con fundamento en la regla establecida en el inciso 2) del artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en los votos N° 13-013773, de las 14:30 horas, del 16 de octubre de 2013, y N° 2016-010244, de las nueve horas cinco minutos del veinte de julio del dos mil dieciséis, de la Sala Constitucional, que resuelven una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 29 inciso 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 475 del Código Procesal Penal, en donde se cuestiona la objetividad e imparcialidad de un juez que conoce un asunto del que previamente se ha expresado en alguna etapa anterior del proceso, y que en lo que interesa indican: *"Esta circunstancia, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera ni constituye una restricción ilegítima del principio de imparcialidad ni del debido proceso, en los términos en que ha sido proclamado en el Derecho de la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, habida cuenta que se trata de una situación muy excepcional y, por lo tanto, que debe ser aplicada restrictivamente, únicamente cuando la causal de impedimento*





*sea compartida tanto por los Magistrados titulares como los suplentes. Tampoco se aprecia que esta solución contradiga los alcances de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, teniendo en cuenta que la circunstancia prevista en las normas impugnadas únicamente se produce en el caso que la causal de impedimento cubra por igual tanto a los Magistrados titulares como a los Magistrados suplentes, caso en el cual se debe recurrir nuevamente a los primeros, no sólo porque ya no hay jueces habilitados para conocer el caso, sino también en el tanto existe una obligación constitucional de parte del servicio de la Administración de Justicia de resolver, en el menor tiempo posible, los casos que le son planteados”.*

**II.-** La licenciada Nazira Merayo Arias, defensora pública del acusado [Nombre 001], presenta recurso de casación, contra la resolución número 574-2015, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, a las 14:34 horas, del 11 de septiembre de 2015, que declaró sin lugar el recurso de apelación planteado contra el fallo 57-2014 del Tribunal de Juicio de Cartago, sede Turrialba. Dicho fallo declaró al imputado autor responsable de los delitos de violación simple y robo agravado en concurso material y estableció que el delito de robo agravado concursa idealmente con un delito de homicidio calificado, cuya condena ya se encontraba firme, imponiendo para los tres delitos, la sanción total de 55 años, que corresponde a 35 años de prisión dictados anteriormente por el delito homicidio calificado, aumentados en 20 años en razón del concurso con los ilícitos de robo y violación (ver f. 1121).

**III.-** En resolución N° 20-16, de las 9:53 horas, del 15 de enero de 2016, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia admitió, para su estudio, los motivos primero, tercero, cuarto y séptimo del recurso incoado.

**VI.-** Como **primer motivo**, en atención a los artículos 468 inc b.) y 178 inc. b.) del Código Procesal Penal, la defensa argue la inobservancia de preceptos legales procesales, dada la violación al subprincipio de identidad física del juzgador y del principio de juez natural. Alega la defensa que uno de los jueces de apelación que intervino en la resolución del asunto, no estuvo presente en la audiencia oral realizada en dicha sede, en la cual, en uso de la oralidad y la inmediación, la defensa presentó sus alegatos. Señala que al justificar la validez de la intervención de un juez que no estuvo presente en la vista, el *ad quem* desconoce lo que ha señalado la Sala Constitucional en el pronunciamiento número 3117-2009, respecto a las garantías que se tutelan con la implementación de la oralidad. Para la defensa, no es válido argumentar que dichas garantías sólo se relacionan con la producción de prueba, pues más allá de ello, existe una labor de convencimiento y de contradicción de los argumentos de la parte contraria. En su entender, el juzgador que no estuvo presente en la audiencia oral, no es el mejor preparado para resolver el caso y por ello, la sustitución, vulnera el principio de juez natural y el de identidad física del juzgador. Añade que la Sala Constitucional, en los votos número 6681-96 y 17553-2007, “...estableció que en todo caso de sustitución de los jueces que participaron en una vista en la que no se produjo prueba ni se ampliaron los alegatos es solo posible en el tanto exista una razón válida (...) que justifique la imposibilidad de que él o los sustituidos concurren a producir la sentencia; tesis por demás (...) acogida también por la Sala

*Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el fallo 1422-97...”* (fs. 1174-1175). Hace ver la recurrente, que en el fallo de apelación se intenta paliar la ausencia del juez Gullock Vargas en la audiencia, con la indicación de que él observó la grabación audiovisual de la misma, lo que a juicio de la defensa no es suficiente porque, en primer lugar, no se tiene la certeza de la escucha atenta de los argumentos por parte del juez. A ello se suma la riqueza que da la interacción con las partes, incluidos sus propios compañeros de Tribunal, y sin las distracciones propias de la oficina judicial, en horas de trabajo, que son las condiciones en que se supondría fue vista la grabación. Indica que la demostración de agravio en este caso, no podría ser equivalente a exigir que se pruebe que, de haber estado presente el juez que no acudió a la vista, el resultado habría sido distinto, pues con ello “...estarían desplazando la labor de argumentación jurídica en los casos penales al terreno de la adivinación...” (f. 1178). **Se declara sin lugar el alegato.** Los principios de oralidad e inmediatez, son parte esencial del proceso penal cuyo fin es que los Jueces, tengan una total y clara apreciación de los alegatos de las partes, la prueba evacuada y en general, lo acontecido durante las audiencias orales, especialmente el debate. Para efectos de las audiencias orales en sede de Apelación y Casación, la jurisprudencia procesal penal, en aras de velar por una eficiente administración de justicia así como por el principio de justicia pronta y cumplida, ha establecido, como excepción a la inmediatez que, cuando de la realización de las audiencias orales en la etapa de impugnación se trate, reguladas en los artículos 463 del Código Procesal Penal, para el recurso de apelación y 472 del mismo cuerpo legal para el recurso de casación, no se genera una ruptura a los principios procesales el que uno de los jueces del Tribunal que emite el fallo, no haya concurrido a la audiencia oral. Esto, por cuanto la implementación de las nuevas reglas de la oralidad en el proceso penal, implicó a su vez, la incorporación de equipos de grabación de video de las audiencias orales –todas ellas-, por lo que lo alegado por las partes en la audiencia, puede ser apreciado por el Juez que no estuvo presente en la misma y con base en ello, resolver lo que considere legalmente oportuno. Esta práctica, como es de suponer, cuenta con un límite, que es en aquellos casos en que se haya evacuado prueba, en razón de que sí se hace necesario, en atención al principio de inmediatez, que el Tribunal decisor en pleno, haya escuchado a los declarantes y haya contado con la posibilidad de interrogarlos en caso de la existencia de alguna duda. Al respecto, la Sala Constitucional, en la resolución N° 12593-11, de las 15:44 horas, del 20 de setiembre de 2011, y citando el voto N° 6681-96 de esa misma Sala, indicó: “... Esta Sala en la sentencia número 6681-96 de las quince horas treinta minutos del diez de diciembre de mil novecientos noventa y seis, expuso lo siguiente:”II. Sobre el fondo. La Constitución Política contiene una serie de valores de importancia suprema para una nación, los cuales interactúan entre sí, y muchas veces hacen difícil la labor del intérprete a la hora de resolver situaciones compuestas, es decir, aquellas en que interviene más de un valor a la vez. En este tipo de casos, es muy importante que el intérprete constitucional pondere y procure equilibrar –cuando sea posible por las circunstancias del caso-, los intereses en conflicto. La herramienta de la hermenéutica jurídica es muy útil también, para buscar la solución más justa en un determinado caso. No obstante, independientemente del método de interpretación que se siga, es indispensable situarse dentro del contexto del







modelo ideológico que sigue la Constitución Política de un determinado país a la hora de interpretar las normas, en nuestro caso, el de un país democrático de derecho. No puede nunca una interpretación divorciarse del modelo ideológico, de tal forma que cualquier decisión que se tome deberá ser compatible y acorde con el respeto a la libertad, acceso a la justicia, dignidad de la persona, y demás principios inspiradores de un sistema político de esta naturaleza. III. En el caso en estudio, están en juego dos intereses de igual rango: el debido proceso y el de justicia pronta y cumplida. El primero porque el principio de inmediación, según el cual la prueba debe ser recibida de una manera directa, inmediata y simultánea, es derivado de este derecho, y en el segundo, porque es evidente la relación que tiene el problema planteado con una respuesta celera de la administración de justicia. Estima este Tribunal que no es necesario sacrificar un principio por otro, siendo perfectamente posible -ante una situación como la presente-, lograr una respuesta que satisfaga ambos intereses por igual. La solución que sugiere la Sala consultante cumple con ese balance, en la medida en que permite la intervención en la decisión de algunos jueces que no estuvieron presentes en la audiencia oral, sin afectar derechos constitucionales y evitar a la vez dilaciones innecesarias en la solución de los procesos sometidos a su conocimiento. Por supuesto que cualquier solución que se dé al caso, excluye los debates de la materia penal, y todas aquellas audiencias orales en las que se evacuen pruebas o se amplíe verbalmente alguno de los argumentos o fundamentos, esto porque sino se violaría el principio de inmediación, derivado del debido proceso que exige un acercamiento entre el juzgador y los asuntos sometidos a su conocimiento durante el debate. Según este principio y el de identidad física del juzgador, la sentencia debe ser dictada por los mismos que intervinieron en la audiencia. No obstante, sabemos que ello es así para que, principalmente -pero no en forma excluyente-, en materia penal, se proteja especialmente en materia probatoria, los derechos del acusado. Este principio, base esencial del derecho penal moderno, no es a juicio de esta Sala de aplicación estricta y absoluta en asuntos de distinta naturaleza a la del debate penal, como se verá luego. Para esta Sala, si es posible -constitucionalmente hablando-, que en aquellas vistas en las que no se reciban elementos de prueba oral o, que las argumentaciones de las partes consten ya por escrito, sin que se aporte nada nuevo -como ocurre en la mayoría de los recursos de casación y algunos de los de revisión-, donde las partes van a la audiencia oral a sintetizar los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto por escrito, puedan intervenir otros jueces, distintos a los que participaron en la vista, a la hora de tomar la decisión, si y sólo si, están en capacidad de hacerlo y existen razones justificadas (que deberán constar por escrito) que impidan que quienes estuvieron en la audiencia oral se reúnan en fecha próxima a estudiar y resolver el asunto. No se afecta el debido proceso, ni el principio de inmediación, con esta solución, en la medida en que en ningún caso en que se reciba prueba, o se aporte un elemento nuevo, se permitirá que jueces distintos a los que estuvieron en la audiencia oral resuelvan el asunto, y ésto sólo podrá hacerse cuando: a) existan razones justificadas, o, b) cuando lo que se da en audiencia oral es sólo una sintetización de los fundamentos de cada uno de los motivos que ya han expuesto o constan por escrito con anterioridad, sin aportar nada nuevo. Más bien en este tipo de situaciones, es de interés de la celeridad y justicia, que no se

den dilaciones innecesarias que perjudiquen tanto los intereses de las partes, como los de la administración de justicia. Hay que tomar en cuenta que cuando un caso se atrasa innecesariamente, con ello no sólo se afectan los intereses directos de la parte, sino de las otras personas que están esperando turno para obtener justicia ante un determinado Tribunal, así como los de los ciudadanos que aportan con sus impuestos el dinero que financia la administración de justicia, en el entendido de que ésta será, como lo dice la Constitución, *pronta y cumplida*. Ante esto, el Poder Judicial está jurídica y moralmente obligado, a procurar soluciones que, sin afectar derechos constitucionales, velen por la mayor eficiencia del sistema. La solución que se da en esta sentencia busca ese equilibrio y se refiere sólo a las situaciones particulares en ella tratadas, sin que se pueda -como se indicó supra- extenderse a debates en materia penal o todas aquellas audiencias orales en las que se evacuen pruebas o se amplíe verbalmente alguno de los argumentos o fundamentos que la motivan." En el presente asunto acusa el recurrente la nulidad de la sentencia de casación número 2010-0996 de las 10:05 horas del 22 de setiembre del 2010 -que declara sin lugar el recurso planteado por la defensa del amparado [Nombre 003]- porque el Magistrado suplente Luis Víquez Arias fue sustituido por el también Magistrado suplente Carlos Estrada. De la jurisprudencia citada en el acápite anterior - en relación con el informe dado por el Presidente a.i. de la Sala Tercera de Casación Penal (expediente electrónico) - se tiene que la sustitución del Magistrado Víquez Arias se dio por motivos de salud y en todo caso, en la audiencia oral celebrada no se ampliaron los argumentos de casación ya interpuestos, ni se recibió prueba o aportó elemento nuevo, lo que lleva a descartar la violación al debido proceso o el principio de inmediación...". Esta posición impera hasta el momento, en el tanto, como ya se ha indicado, en la audiencia oral no se haya evacuado prueba o se hayan ampliado los alegatos de las partes. En suma, no hay afectación alguna al derecho de audiencia de las partes, a los principios de oralidad e inmediatez o al resultado del proceso, el que alguno de los Jueces que resuelve el caso no haya asistido a la audiencia oral realizada en la fase de impugnación. En la causa, el fallo del Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, N° 574-2015, de las 14:34 horas, del 11 de septiembre de 2015, hace constar que el Juez Rafael Gullock Vargas no estuvo presente en la audiencia ante el Tribunal de Apelación y que en dicha audiencia no se evacuó prueba ni se ampliaron los alegatos de las partes, así como que el Juez Rafael Gullock estudió el contenido de las grabaciones de la audiencia oral, para efectos del dictado posterior de la resolución. En atención a esto y con base lo señalado sobre el respeto a los principios de oralidad e inmediatez en estas circunstancias, no encuentra esta Sala de Casación vicio alguno. Se aprecia en los autos (f. 1149), que en la audiencia oral no se evacuó prueba testimonial o pericial y que la misma en su totalidad se grabó en los discos respectivos, por lo que el Tribunal de Apelación y en especial el Juez Gullock, al momento del dictado de la sentencia, contó con los registros necesarios para imponerse sobre lo debatido en la misma, lo mismo que el resto de los miembros del Tribunal. Para esta Sala de Casación, las manifestaciones de la defensa, relativas a que no se tiene la certeza de que el Juez Gullock estudiara las grabaciones de la audiencia y que de haberlo hecho, sus valoraciones sobre lo observado se vieron afectadas por las interrupciones propias de la oficina en un día laboral, son





apreciaciones subjetivas, ya que no presenta la defensa elemento probatorio alguno que determine que el Juzgador no vió el video de la audiencia o que no la valoró debidamente, pues al existir grabación de audio y video, el Juez puede recurrir a la misma una y otra vez, devolver la grabación o adelantarla, hasta quedar satisfecho de lo visto y oído, por lo que cualquier interrupción puede ser fácilmente saldada. La misma valoración se aplica para el alegato relativo a la afectación que sufre el resultado del proceso por la falta de interacción con las partes. Si bien es cierto el Juez Gullock no estuvo presente en la audiencia, los alegatos de las partes están debidamente grabados y se pueden apreciar gestos, tonos de voz y recursos de expresión en general, que permiten al Juez valorar y apreciar la trascendencia de los alegatos, cumpliendo la grabación, precisamente, con las exigencias del principio de oralidad y salvaguardando, en lo posible, la inmediatez. Finalmente, tampoco concuerda esta Sala con la aseveración que hace la defensa, en cuanto a que, con pretender que se debe demostrar que la presencia del Juez Gullock en la audiencia hubiera variado el resultado del proceso, “...estarían desplazando la labor de argumentación jurídica en los casos penales al terreno de la adivinación...”. Para esta Sala, es la defensa, quien presenta un alegato sujeto a la adivinación, pues presume, en su recurso, que el Juez no vio el video de la audiencia o que si lo vio no lo apreció debidamente dado su quehacer diario de oficina, así como que su criterio se vio afectado por no haber interactuado con las partes en la audiencia, todas ellas meras presunciones sin base objetiva ni probatoria y que no ponen de manifiesto la existencia de un agravio a los intereses de la defensa. Por ello, se declara sin lugar el alegato.

**V. Los motivos tercero y cuarto** acusan la inobservancia de preceptos legales procesales, por fundamentación ilegítima con respecto al alegato, hecho por la defensa, relativo a la violación del principio de correlación entre acusación y sentencia. Señala la señora defensora que no se acusó que el sindicado haya actuado con un plan general de robar, violar y matar a la afectada, o que el robo hubiese ocurrido cuando esta aún tenía vida. Por el contrario, indica que en la acusación “...con toda claridad el momento del robo fue descrito como ejecutado con posterioridad a la muerte de la ofendida...” (f. 1186). Sin embargo, esto fue alterado por los jueces de apelación de sentencia, quienes tienen por cierto que el robo se realizó cuando la ofendida aún vivía. Alega la recurrente, que el Tribunal de alzada incurre en un yerro grave de razonamiento cuando afirma “...no es relevante esa diferencia que hay en la sustracción de bienes a una persona que se encuentra con vida que puede defender su patrimonio en el cual (...) la violencia requerida para consumar el hecho es mayor, distinto el caso de sustraer bienes a una persona que ya se encuentra fallecida, como se indica en la acusación, lo cual excluiría o sería nula la violencia, configurándose en tal hipótesis un hurto, pues de la narración de hechos no se deriva que el móvil del homicidio fuera el robo, y así se estableció en hecho sexto de la acusación...” (fs. 1187-1188). Señala que el vicio de falta de fundamentación sí se presenta en la especie – según los parámetros definidos por esta Sala – porque “...los jueces de alzada exponen la posición de que los hechos probados y la prueba en su totalidad demuestran la responsabilidad del acusado como autor de los delitos por los que fue condenado, siendo que la propuesta argumentativa de la defensa (...) es

que en virtud de la redacción que la fiscalía le dio a la acusación todo eso que se desprende del material probatorio rebasaba la descripción de los hechos por los cuales se condenó al acusado...” (f. 1199). Sostiene que el reclamo efectuado por la defensa técnica, no lo respondió el Tribunal de Apelación, pues el *ad quem* se refirió al sustento probatorio del robo, y no es esto lo que se cuestiona, sino la posibilidad de variar los hechos tal y como los fijó el Ministerio Público, en el sentido de que la sustracción ocurrió luego de que el imputado diera muerte a la ofendida. Al parecer de la impugnante, lo anterior produce agravio, pues de haberse atendido en sede de apelación el punto cuestionado, el *ad quem* habría tenido que reconocer el vicio y revocar la sentencia cuestionada. **No es atendible el reclamo.** En el recurso de apelación de sentencia, a folio 1123, la defensa planteó que, en la sentencia de juicio, el Tribunal no se atuvo al relato de hechos de la acusación, específicamente el hecho número 6, que señala que [Nombre 001], tras la muerte de la ofendida, sustrae sus pertenencias, tales como su teléfono celular y unas tijeras. En el fallo, el Tribunal tuvo por demostrado, en el hecho probado número 4, que la sustracción de los bienes a la joven agraviada, se dio previo a la muerte, por lo que se configura el delito de robo agravado. Para la defensa, ello resulta una violación al principio de correlación entre acusación y sentencia, pues la calificación legal de la sustracción de los bienes varía según el momento en que se dieron, sea previo o posterior al fallecimiento de la ofendida. Al respecto de este alegato, el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, en la resolución venida en alzada, determinó lo siguiente: “... Como puede apreciarse de los hechos probados y de la prueba documental, pericial y testimonial debidamente incorporada al proceso y analizada conforme a las reglas de la sana crítica, se sitúa al acusado, como la persona que agredió a la ofendida sexualmente, sustrajo algunos bienes y acabó con su vida. En ningún momento se relata una actuación separada, o aislada, que permita derivar, como lo hace la defensora, de una desviación del curso causal, o una desviación imprevisible del plan inicial del autor, por el contrario, y probado el grado de violencia extrema ejercido sobre la ofendida desde el primer momento, torna inequívoco que no se trataba de acciones separadas, pues ninguna de ellas, robar, violar, matar, era necesaria para cometer otra, lo que lleva a determinar que efectivamente todas estas acciones formaban parte del nexo causal, con independencia de las incidencias concretas, de modo que partiendo del plan de autor, todos los comportamientos se sitúan en el plano del dolo del autor. En cuanto al hecho acreditado de que la ofendida estaba con vida al momento de que le fue sustraído su teléfono, esto lo derivan las juzgadoras de la prueba testimonial y propiamente de la declaración del esposo de la agraviada (sic) quien claramente señaló que el teléfono de su esposa tenía clave y que ella se lo sabía de memoria, por lo que es conforme a las reglas de la sana crítica concluir que la única forma en que el imputado pudo utilizar el teléfono de la ofendida al cual le introdujo su propio chip era conociendo la clave y esta solo pudo ser proporcionada por la víctima, por lo que la consideración de la defensa en el sentido de que la ofendida pudiera tener apuntado en algún lado de sus pertenencias el número de PIN y PUK y el imputado tuviera acceso a ella una vez fallecida y que por consiguientes la sustracción del teléfono celular, sería un hurto y no un robo, escapa de las argumentaciones basadas en un correcto análisis de las pruebas. En este contexto, se logra apreciar que no ha





habido indefensión, pues todas las acciones delictivas desarrolladas por el imputado formaron parte del dolo general del autor, conforme al plan previo establecido debidamente acreditado en el fallo...”(f.1162 reverso-1163). Para esta Cámara de Casación, si bien la fundamentación del Tribunal de Apelación de Sentencia no es amplia, la misma es acertada. Tenemos que la acusación fiscal señala que se dieron tres actos delictivos contra la ofendida, sean, violación, homicidio y robo agravado. Tal como lo indica el *a quem*, las tres acciones que realiza el imputado y que constituyen delito, se dan en un mismo espacio temporal, bajo una unidad de acción dentro de un mismo plan de autor: intimidando a la ofendida con una arma punzocortante, el acusado la reduce a la impotencia, abusa sexualmente de ella, le da muerte y sustrae sus pertenencias. Bajo este marco de acción, el momento preciso en que se dio la sustracción de los bienes, no resulta relevante, ya que el robo agravado se configura cuando se utiliza el arma para reducir a la impotencia a la ofendida y proceder con ello a la realización de los tres actos delictivos, entre ellos, la sustracción de los bienes. Así, la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia es atenta a derecho, al considerar que, aunque se demostrara en debate que el robo fue previo a la muerte – dado que el imputado logró obtener la clave del teléfono-, y en la acusación se indique que el imputado se apoderó de ellos posterior a la muerte de la ofendida, los hechos delictivos no son aislados uno del otro y se dan bajo el mismo acto de violencia e intimidación, que llevaron al asalto sexual, la muerte y el despojo de los bienes. Pretender, como lo hace la defensa, que se varíe la calificación legal, de un robo agravado a un hurto, en razón de que la acusación plantea que el acto final del acusado fue llevarse los bienes del imputado, desatiende el hecho de que nos encontramos ante una unidad de acción, que inicia con la intimidación por medio del uso del arma blanca y que, siguiendo una única relación causal, el imputado atacó a la ofendida, teniendo como resultado las lesiones a los bienes jurídicos ya conocidas. Cabe acá resaltar el concepto de unidad de acción que ha venido sosteniendo esta Sala de Casación y que, para los efectos, aplica al caso concreto: “... [...] *Jurisprudencialmente se ha definido a la unidad de acción de la siguiente manera: “El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar o disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito*

*de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales» (MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Valencia, Tirant lo blanch, 1991, pág. 194). Nuestra doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma: “...no es la unidad natural de acción la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado” (CASTILLO: El Concurso..., págs. 19 a 20). La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual (así, ZAFFARONI, Op. cit., págs. 619 a 620; VELÁSQUEZ, Op. cit., págs. 584 a 588; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1990, págs. 720 a 724; BACIGALUPO, Enrique: Principios..., pág. 280) y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por los suscritos...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 943-98 de las 16:16 horas del 29 de setiembre de 1998).” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 34-12, de las 10:11 horas, 13 de enero de 2012). En atención a los hechos probados, nos enfrentamos a un hecho violento –el ataque con un cuchillo a la ofendida-, que trajo como consecuencia la lesión a tres bienes jurídicos –la autodeterminación sexual de la ofendida, la vida y la propiedad privada-, perpetrados en un solo espacio temporal, por un solo autor, y que, dado el uso de la violencia y el arma para lograr la sustracción de los bienes, configura el delito de robo agravado, independientemente del momento en que el acusado se apoderó de ellos. En suma, se declara sin lugar el alegato.*

**VI.- El séptimo alegato** acusa la inobservancia de preceptos legales procesales por motivación ilegítima, en el tanto el *ad quem* omitió motivar el reclamo atinente a doble valoración al momento de fundamentar la pena. Indica la licenciada Merayo, que el Tribunal dio una respuesta sumamente escueta e inmotivada, en cuanto al reclamo consistente en que “...en la sentencia no se realizó ni la más mínima fundamentación de lo que es la pena a imponer...” (fs. 1214-1215). Señala que







además de omitirse referencia a temas como la proporcionalidad y fines de la pena, la sanción se establece en quince años de prisión pero en el Por Tanto se imponen veinte años, lo que les deja en estado de indefensión, al no poder ejercerse control sobre el *quantum* finalmente impuesto. Tampoco se resolvió, a través de razones propias del *ad quem* y no meras fórmulas vacías, por qué se excluye la queja consistente en que el *a quo* incurrió en el vicio de doble valoración. Explica la recurrente, que los reclamos de apelación en torno a la pena impuesta, se responden a través de una frase genérica, por lo que no existe motivación alguna de las razones por las cuales se estima que el monto fijado resulta ajustado al juicio de reproche en el caso específico. Aduce que el *ad quem* se limita a señalar que “*la sentencia recurrida cumple debidamente con la fundamentación que se reprocha*”, por lo que incurrió en el vicio de falta de motivación.

**No es atendible el reclamo.** El alegato de la defensa se centra en dos puntos: en un primer orden de ideas, que el Tribunal de Apelación, no se refirió a la doble valoración de las circunstancias del hecho -alegato planteada en el recurso de apelación-, para la imposición de la pena que realizó el Tribunal de Juicio. Este primer punto del motivo no tiene fundamento alguno. El Tribunal de Apelación de Sentencia, al respecto de la fundamentación de la pena de los delitos de violación y robo agravado, indicó: “... *Si bien es cierto la fundamentación de la pena resulta escueta, a excepción de la consideración sobre la falta de arrepentimiento en lo demás se hace un adecuado análisis de los preceptos mínimos del artículo 71 del Código Penal y se explica cuál es la razón por la cual se aumentó en los términos establecidos aplicando las reglas del concurso ideal. En lo que interesa se señala: “...Se tiene que el condenado es una persona adulta con antecedentes penales, y por delitos de la misma naturaleza, lo que denota su resistencia a conducirse conforme a la norma, conforme a los dictámenes incorporados como prueba documental se verifica la apatía del imputado, su amenidad en relación con los hechos que realiza, y el escaso arrepentimiento que muestra, aparte de las circunstancias descritas, concurren elementos que de manera objetiva y marginal a los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales agravan la conducta del sentenciado, toda vez que conforme a su plan de autor es decir con premeditación y aprovechando la vulnerabilidad que presentaba la ofendida la accede carnalmente, sin que esta tuviese alguna posibilidad de defensa más allá que quedar a su suerte y la desapodera de sus bienes. En este caso existe plan de autor y una relación directa entre ambos ilícitos, unidad de acción en sentido jurídico. La aplicación del artículo 75 del Código Penal, que regula lo relativo a la penalidad del concurso ideal, establece la posibilidad de que el juez pueda aumentar la pena correspondiente al delito más grave, en este caso, el homicidio, que es de 35 años, por tanto esta Cámara decide incrementar esa pena en 15 años para una pena global de 55 años...”*. Como puede apreciarse, aparte del error material pues en este considerando se dice que el aumento por el concurso ideal es de quince años de prisión y en la parte dispositiva se dice que son veinte, sí fueron adecuadamente valorados todos los criterios que establece el artículo 71 para la fijación de la pena, como lo son: la gravedad del hecho, la personalidad del partícipe, aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia del peligro o lesión, circunstancias de tiempo modo y lugar, calidad de los motivos determinantes o demás

*condiciones personales del sujeto activo o de la víctima. Igualmente quedó acreditado las razones por las que se recurrió a la facultad del aumento de la pena y en qué proporción se aumentó la sanción, de modo que se han respetado los principios atinentes a la fijación de la pena...*” (f. 1163 ). Aún cuando la sustanciación dada por el Tribunal de Apelación de Sentencia no es extensa, contempla elementos suficientes para ser legítima. Los Juzgadores citaron expresamente, como se aprecia supra, la fundamentación del Tribunal de Juicio, y la avalaron señalando lo que es evidente , a criterio de esta Sala: el *a quo*, para el dictado de la condenatoria, planteó las condiciones personales del imputado, su comportamiento y actitud ante el hecho y la gravedad de lo sucedido, en atención al artículo 71 del Código Penal. Dentro del mismo razonamiento, el Tribunal de Apelación, resuelve el segundo alegato de la defensa, que reclama que causa inseguridad jurídica al imputado la sanción, pues en el considerando VI del fallo, se impuso la pena de 15 años de prisión, dada la relación concursal de los delitos de violación y robo agravado con el delito de homicidio calificado, para un total de 55 años (sumándose a los 35 años de prisión impuestos en sentencia previa y firme, por el delito de homicidio calificado), pero en el Por Tanto, se establece la pena de 20 años de prisión, para un total de 55 años. Señaló el *a quem* que se trata de un evidente error material “...*aparte del error material pues en este considerando se dice que el aumento por el concurso ideal es de quince años de prisión y en la parte dispositiva se dice que son veinte...*”, la sumatoria de 55 años de prisión que se presenta tanto en el considerando IV como en el Por Tanto, deja ver que el Tribunal siempre tuvo el ánimo de aumentar la pena en 20 años por la relación concursal, siendo por ello obvio el error material, como lo sostiene el Tribunal de Apelación. Por ello, siendo que no hay vicio alguno, se declara sin lugar el alegato.

**Por Tanto:** Por mayoría, se declara sin lugar el recurso de casación. El Magistrado Arroyo Gutiérrez salva el voto. **Notifíquese.- Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Doris Arias M., Celso Gamboa S.**

#### VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARROYO GUTIÉRREZ

**I.-** Quien suscribe, Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez, con el debido respeto, disiento del criterio de mayoría y salvo el voto, considerando que en la presente causa la Cámara de Casación se encuentra ilegalmente constituida y por tanto, no es posible emitir criterio en relación con la admisibilidad de los motivos presentados por las partes. Asimismo, manifiesto que en casos como el presente, al estar en juego una garantía constitucional y convencional, lo correspondiente en mi criterio es remitir el asunto a consulta ante la Sala Constitucional - según lo dispuesto por los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1, 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, para que sea esa Cámara la que determine si la interpretación del artículo 29 inciso 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se pretende, es acorde con del derecho constitucional y convencional. Fundamento esta posición en las siguientes razones.

**II.-** El nombramiento de los magistrados suplentes de la Sala de Casación Penal venció el 15 de febrero de 2016. Desde





entonces y hasta este momento, la Sala de Casación Penal no cuenta con magistrados suplentes, pues la Asamblea Legislativa no ha procedido conforme lo dispuesto en los artículos 164 de la Constitución Política y 62 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante L.O.P.J).

**III.-** El criterio de mayoría de esta Cámara, expresado en el primer considerando, es que a pesar de no haber magistrados suplentes nombrados en este momento, el artículo 29 inciso 2) de la L.O.P.J habilita a los titulares para conocer de cualquier

asunto en el que exista algún motivo de excusa que los cubra. Respetuosamente difiero del criterio de mis compañeros por las siguientes razones. **a.)** El artículo 29 en su inciso 2) establece lo siguiente: “*Cuando, por impedimento, recusación, excusa u otro motivo, un servidor tenga que separarse del conocimiento de un asunto determinado, su falta será suplida del modo siguiente: [...] 2.- Los Magistrados, por los suplentes llamados al efecto. Los miembros de los tribunales colegiados se suplirán unos a otros y, en caso de que a todos o a la mayoría les cubra la causal, por sus suplentes. Cuando la causal cubra a propietarios y suplentes, el caso deberá ser conocido por los propietarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.*” (subrayado no es original). La norma en cuestión contiene dos reglas respecto a las excusas que interesan: (i) En la primera se establece que cuando exista algún impedimento para que un magistrado titular conozca una causa (por recusación, excusa u otro motivo) será sustituido por un magistrado suplente. Esto por supuesto presupone que los Jueces, incluidos los magistrados, deben inhibirse de conocer aquellos asuntos en los que existan motivos de excusa (en materia penal el artículo 55 del Código Procesal Penal). (ii) Por su parte, la segunda regla establece que, a pesar de la prohibición de conocer asuntos en los que haya alguna causal de excusa, cuando esta cubra tanto a propietarios como a suplentes, los titulares podrán conocer el asunto sin responsabilidad. Como puede apreciarse esta segunda regla - que es una excepción a la primera-, tiene como presupuesto fáctico (procesal) que **tanto los titulares como los suplentes están afectados por una causal de excusa**, es decir se trata de una razón de necesidad reglada. Sin embargo, en este caso nos encontramos en una hipótesis sustancialmente diversa, pues no se trata de una situación en que tanto titulares como suplentes están impedidos de conocer por alguna causal de excusa, sino de una en la que de plano no existen magistrados suplentes, ya que la Asamblea Legislativa no los ha nombrado. En términos lógicos, mientras no haya magistrados suplentes nombrados, es irrefutable afirmar que estos no pueden considerarse impedidos, porque ni siquiera existen. Solo puede estar cubierto por una causal de excusa, quien tiene un nombramiento vigente, ergo, si no hay magistrados suplentes nombrados, estos no pueden estar impedidos y la situación no se subsume en la hipótesis del artículo 29 inciso 2 de la L.O.P.J. **b.)** Por otra parte, el elemento valorativo -siguiendo a Atienza, toda norma tiene un componente autoritativo y otro valorativo- del artículo 29 inciso 2) que justifica apartarse de las exigencias del principio de Juez Imparcial respecto a los motivos de excusa, es una razón de necesidad institucional que no está presente en este caso. Resulta evidente que, por razones de racionalidad respecto a los recursos humanos y materiales, el Poder Judicial no puede contar con un número ilimitado de suplentes para los Tribunales. De ahí que el legislador estableció en la Ley Orgánica del Poder

Judicial la regla en cuestión, según la cual, ante una razón de necesidad institucional como la es que ya todos los titulares y suplentes se encuentren cubiertos por un impedimento (por ejemplo lo común sería por haber conocido anteriormente la causa), se exceptúa la aplicación de las excusas y se autoriza que los titulares conozcan sin responsabilidad. Mas en el caso que nos ocupa no está presente dicho elemento valorativo que motiva la norma y justifica apartarse de las exigencias del principio de Juez Imparcial, pues no estamos ante una situación de necesidad institucional reglada (en la que ya todos los magistrados titulares y suplentes), sino de inopia legislativa (en la que simplemente no hay magistrados suplentes); que no le corresponde a esta Cámara solventar, al tratarse de una potestad constitucionalmente determinada. **c.)** En tercer lugar, considero que la sentencia de la Sala Constitucional que la mayoría emplea para respaldar su decisión, lejos de apoyar su tesis la contradice, pues en ella el Tribunal Constitucional estableció de manera expresa que la norma en cuestión no violaba ningún parámetro constitucional: “...habida cuenta que se trata de una situación muy excepcional y, por lo tanto, que debe ser aplicada restrictivamente, únicamente cuando la causal de impedimento sea compartida tanto por los Magistrados titulares como los suplentes.” (Sentencia No. 13-013773, de las 14:30 horas, del 16 de octubre de 2013. Subrayado no es original). Según este argumento, la constitucionalidad de la norma depende de su carácter excepcional, del que deriva la obligación de aplicarla restrictivamente, sólo cuando la causal cubra tanto a titulares como suplentes. El criterio de mayoría por el contrario, se basa en una interpretación extensiva de la norma, en la cual equipara analógicamente dos situaciones sustancialmente diversas como lo son: (i) la existencia de magistrados suplentes que al igual que los titulares están cubiertos por una causal de excusas, con (ii) la inexistencia de magistrados suplentes por no haber sido nombrados por la Asamblea Legislativa. Finalmente, el carácter no excepcional de esta interpretación queda evidenciado por el hecho de que son decenas de asuntos los que los titulares de esta Cámara estamos entrando a resolver por aplicación del artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de estar impedidos para hacerlo por el principio del Juez Imparcial. De modo que lo que debía ser una regla de carácter excepcional, ha sido transformada por la práctica irregular en un procedimiento ordinario y generalizado. **d.)** Véase además que, si esta interpretación extensiva se lleva a sus últimas consecuencias, implicaría que la Asamblea Legislativa podría no nombrar indefinidamente a los magistrados suplentes, y durante todo ese tiempo la Sala de Casación Penal estaría exenta de aplicar las reglas de inhibitoria que son garantía del principio del Juez Imparcial; lo cual en términos prácticos significa la suspensión irregular de una garantía constitucional. **En síntesis, las razones por las que difiero de la aplicación que hace la mayoría del artículo 29 inciso 2) de la Ley Orgánica son:** (a) Interpretando la norma de acuerdo con las reglas de la lógica, no es posible concluir que la presente situación se ajusta a la hipótesis fáctica (procesal) del artículo 29 inciso 2) de la LOPJ; (b) el elemento valorativo que fundamenta la norma no se encuentra presente en este asunto, pues no estamos ante un caso de necesidad institucional sino de inopia legislativa, que no le corresponde resolver a esta Cámara por ser una potestad constitucional; (c) la Sala Constitucional determinó que estamos ante una regla excepcional que debe ser aplicada restrictivamente, lo cual descarta la interpretación extensiva que







sostiene la mayoría; (d) una prolongación indefinida de la situación actual equivale a una suspensión irregular de la garantía constitucional y Convencional del Juez Imparcial. Por estas razones difiere del criterio de mayoría en cuanto a la aplicación del artículo 29 de la L.O.P.J.

**IV.-** Es necesario recordar que la garantía de un juez imparcial se encuentra reconocida no solo en la normativa procesal penal, sino también en los tratados internacionales suscritos por Costa Rica, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, la citada norma *supra legal* dispone en su numeral 8.1 que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Precisamente la violación al principio de imparcialidad, debido al conocimiento de la causa en diversas oportunidades por la misma integración de la Cámara de Casación, fue lo que propició la condena del *“Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”* emitida mediante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004. En dicha sentencia se dispuso, en lo que interesa: *“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. [...] 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.”* (subrayado no es original). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que ante la duda sobre la imparcialidad del juzgador, es necesario que éste se separe del conocimiento de la causa, indicando en la sentencia del 22 de noviembre del 2005, en caso Palamara Tribarne vs. Chile que: *“146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. 147. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”* (subrayado no corresponde al original).

Antecedentes que exigen de esta Cámara la máxima precaución, para no incurrir nuevamente en situaciones que vulneren o puedan potencialmente vulnerar la garantía constitucional y convencional de Imparcialidad del Juzgador que, si bien puede tratarse de mera admisibilidad de un recurso, está en juego también el fondo del mismo.

**V.-** Ahora bien, reconozco que la situación en la que se encuentra esta Sala de Casación Penal, al no contar con magistrados suplentes disponibles por la omisión de la Asamblea Legislativa, implica que en muchos asuntos se presenta una tensión entre el Principio de Justicia Pronta y Cumplida y el Principio de Juez Imparcial. Sin embargo, estimo que en la mayoría de estos casos, dicha tensión debe resolverse a favor del Principio de Imparcialidad. Para determinar en cuáles asuntos sí está justificado que los magistrados titulares conozcamos por vía del artículo 29 inciso 2) y en cuáles no, es necesario acudir a dos criterios: (a) En primer lugar, la existencia o no de razones de urgencia institucional, y (b) en segundo lugar, la intensidad de la situación inhibitoria. (a) En cuanto al primer criterio, en situaciones de extrema urgencia, como pueden ser los asuntos en que existan plazos de prisión preventiva por vencer, se presenta un escenario de necesidad institucional en el que sí se justifica que los titulares resolvamos el asunto a pesar de existir impedimento y no haber suplentes. Esto pues, de lo contrario, se estaría afectando ya no solo el principio de Justicia Pronta y Cumplida, sino también los principios de Seguridad Jurídica y de Tutela Judicial Efectiva. De modo que, respecto a los asuntos en los que existan imputados cuyo plazo de prisión preventiva está por vencer, sí procede que los titulares resolvamos dichos casos, por razones de urgencia institucional. (b) Respecto al segundo criterio, la intensidad de la situación inhibitoria, lo primero es recordar que el listado de causales recogidas en el artículo 55 no es *numerus clausus*, según la propia jurisprudencia de esta Sala. Esto significa que no es una lista ni excluyente, ni homogénea, sino de una guía que siempre exigirá la valoración del juzgador. Atendiendo a este carácter ponderable, es que considero que no todas las situaciones o causales inhibitorias tienen la misma intensidad, pues entre ellas existen diferencias cualitativas, las que deben ser definidas atendiendo al tipo de causal y a las características particulares que la configuran en el caso concreto. En ese sentido, no es lo mismo entrar a conocer un asunto nuevamente en el que ya se había participado en una etapa de casación anterior, que conocer un asunto en el que, por ejemplo, existe una relación de interés, parentesco o enemistad con algunas de las partes. Mientras en el primer caso hay una potencial afectación al principio de imparcialidad, en el segundo de suyo se encuentra comprometida la imparcialidad. De igual forma, no es lo mismo excusarse por haber participado en una casación anterior que no superó la etapa de admisibilidad y por lo tanto no se conoció el fondo del asunto, que haber sido recusado por alguna de las partes por conocer previamente el fondo de la causa, este segundo caso sin duda es más grave. De acuerdo con todo lo anterior decidí: (i) En todos los asuntos en los que el motivo de excusa sea exclusivamente haber participado en una etapa de casación o revisión anterior en la misma causa, en la cual no se conoció el fondo del asunto; o en los que actualmente sólo se va a conocer un aspecto formal como la admisibilidad y no el fondo; proponer a la mayoría la consulta de constitucionalidad y, en la tesitura de ser rechazada la propuesta, dejar constando una nota. (ii) En todos los demás





asuntos, en los que se presenta alguna de las causales de excusa más graves que de plano afectan el Principio de Imparcialidad, presentar excusa en caso de que me afecte a mí, así como la propuesta de consulta de constitucionalidad, y en caso de ser rechazadas salvar el voto omitiendo pronunciarme sobre el fondo del asunto para no incurrir en actuaciones en mi criterio viciadas absolutamente.

**VI.-** En vista de que en esta causa ya conocí previamente el fondo del asunto, y de que en mi criterio no me encuentro habilitado por el artículo 29 inciso 2) de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, porque estamos frente a una situación que no se ajusta a la hipótesis fáctica procesal de dicha norma, salvo el voto, para así evitar participar de una decisión que podría estar tomada por un Tribunal ilegalmente constituido. Asimismo considero que en este caso existe una duda fundada sobre la convencionalidad de la interpretación del artículo 29 inciso 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ameritaba una consulta ante la Sala Constitucional, según lo dispuesto por los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1, 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. **-José Manuel Arroyo-Magistrado**

