

345.111
c827c

Costa Rica. Poder Judicial. Ministerio Público
Cuadernos de estudio del Ministerio Público/
Poder Judicial.--San José
Poder Judicial, Depto. de Publicaciones e
Impresos, 2003
88p.

1. MINISTERIO PÚBLICO I. Título

CONSEJO EDITORIAL

*Lic. Jorge Segura Román
Lic. Walter Alfaro Rodríguez
Lic. Carlos Ma. Jiménez Vásquez
Lic. Saúl Araya Matarrita*

DIRECCIÓN POSTAL

*San José, Costa Rica, Edificio Tribunales,
Unidad de Capacitación y Supervisión del
Ministerio Público, 2do. piso*

DIRECCIÓN ELECTRÓNICA

saraya@poder-judicial.go.cr

*La corrección de pruebas estuvo a cargo
del Ministerio Público.*

Imprimatur

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

- Normativa del Reglamento para el Reconocimiento de la Carrera Profesional en el Poder Judicial, aplicable a publicaciones:**

Artículo 1. Se entiende por Carrera Profesional el reconocimiento de un incentivo económico, con base en el grado académico, cursos de capacitación, la experiencia profesional, las publicaciones, la labor docente en la Escuela Judicial, experiencia en organismos internacionales y la responsabilidad por el ejercicio de la función judicial, para los funcionarios y empleados que presten sus servicios en puestos que exijan como mínimo el bachillerato universitario.

Artículo 2. La Carrera Profesional tiene como objetivos básicos: (...) Fomentar el aporte intelectual de los profesionales judiciales mediante la producción de publicaciones relacionadas con su profesión.

Artículo 10. Los factores a reconocer por concepto del incentivo de Carrera Profesional son los siguientes: Grados académicos, estudios adicionales, cursos de capacitación, participación en cursos en condición de instructor, experiencia profesional, experiencia docente en la Escuela Judicial, experiencia en organismos internacionales, publicaciones y responsabilidad por el ejercicio de la función judicial.

Artículo 11. Los factores precipitados, para efecto de reconocimiento en la Carrera Profesional, se valorarán en puntos de la siguiente forma: (...) Cinco puntos por cada libro, hasta un máximo de 40 puntos. Un punto por cada ensayo, hasta un máximo de 20 puntos.

Artículo 17. Se reconocerá la autoría de libros y ensayos incluidos en publicaciones de reconocido prestigio en los casos que: Tengan relación con la especialidad del puesto; Hayan sido autorizados por un Consejo Editorial; No sean trabajos requeridos para la obtención de grados académicos o el cumplimiento de requisitos de estudio; Tratándose de publicaciones en otros idiomas, el interesado debe aportar la respectiva traducción al español. El profesional deberá indicar en su solicitud, si es el caso, lo señalado en el inciso c) anterior.

Artículo 30. El reconocimiento de los puntos asignados para libros y ensayos, si estos han sido escritos por más de un autor, se hará distribuyendo proporcionalmente el número de puntos correspondientes entre coautores, de acuerdo con las disposiciones de este reglamento.

Artículo 31. No percibirán lo correspondiente a horas instructor, docencia o publicaciones, quienes por la naturaleza de su trabajo, tales actividades se configuren como tareas propias del cargo, o bien, quienes reciban ya alguna retribución por estos conceptos.*
- Artículos publicables:** La Revista solo publicará aquellos artículos de investigación que tengan interés doctrinal en el área de las ciencias jurídicas penales o conexas.
- Extensión:** Se recomienda una extensión no menor a 10 páginas, ni mayor a 100, salvo que la propia naturaleza del artículo lo amerite.
- Presentación y edición del texto:** No deben destacarse palabras, expresiones ni párrafos completos mediante el uso de mayúsculas, subrayados, negrita, negrita con cursiva, texto a color, enmarcados u otras modalidades. Para destacar solo se admite el uso de cursivas, y excepcionalmente el de cursivas negritas.
- Subtítulos:** El artículo debe subdividirse en los apartados necesarios que permitan una mejor comprensión sistemática de su contenido.
- Corrección del texto:** Todo documento deberá tener correcta redacción y adecuada composición del texto. Es obligación del autor hacer su propia corrección de diccionario electrónico.
- Índice:** No es necesario aportar índices ni sumarios.
- Bibliografía:** El texto debe venir acompañado de la bibliografía citada (no de la consultada).
- Anexos:** No deben incorporarse anexos, salvo que sean indispensables para la consulta o comprensión de los contenidos del texto.
- Envío de materiales:** Pueden enviarse solamente por correo electrónico a la dirección indicada en esta revista. En caso de que se envíen impresos, el documento deberá acompañarse de una copia en disquete.
- Consejo Editorial:** Los materiales aprobados serán publicados en el siguiente número de la Revista. En caso de que existan dos documentos pendientes del mismo autor, se le invitará a elegir. Los textos que no cumplan con los requisitos de publicación serán devueltos, tan pronto como sea posible, con las razones por las cuales se le denegó el imprimatur. De todas las actuaciones se dejará copia en el archivo que para ese efecto lleva la Unidad de Capacitación y Supervisión.
- Responsabilidad por la publicación:** Los puntos de vista de los artículos publicados son responsabilidad del autor.

Página 4: va en blanco

Índice

	Página
<i>El rastreo telefónico.</i> Maribelle Bustillo Piedra	7
<i>Análisis del proyecto de reforma al Código Penal en relación con el delito de secuestro.</i> Willy Escalante Q.	11
<i>La defensa técnica, formación policial e interrogatorio.</i> Guillermo Sojo Picado	21
<i>La tecnología de información al servicio del Ministerio Público.</i> Fernando Ruiz E.	35
<i>Una pincelada sobre los recursos en la legislación costarricense. En particular sobre el recurso de casación.</i> Miguel A. García Martínez	41
<i>Derechos fundamentales de niños y adolescentes: interpretación ambigua de la Sala Constitucional en materia de conciliación penal y procedimiento abreviado.</i> Saúl Araya M.	77

Página 6 - blanca

El rastreo telefónico

Licda. Maribelle Bustillo Piedra

Los derechos a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones se encuentran protegidos y garantizados constitucionalmente¹. Se trata de derechos fundamentales del ser humano. Bajo esta tesis, la promulgación y aplicación de la ley debe realizarse con criterios que respeten estas garantías.

El rastreo telefónico es el procedimiento mediante el cual se obtiene información acerca de la identificación del número telefónico del emisor de una comunicación, del número telefónico del destinatario, la hora, la fecha, si se trata de un teléfono móvil o permanente y en este último caso, el lugar de ubicación de aparato telefónico.

Muchos y muy encontrados han sido los criterios en torno a la naturaleza del rastreo telefónico, son juicios que han emanado de la Sala Tercera y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La discrepancia fundamental ha versado en si el rastreo telefónico constituye una intervención a las comunicaciones y por tanto de exclusivo tratamiento por el artículo 9 de la Ley No. 7425 de Registro y Examen de documentos privados e Intervención de las Comunicaciones o si por el

contrario resulta ser un registro u observación de la comunicación, en cuyo caso sería de aplicación el artículo primero de la referida ley. La importancia de esta discusión radica en el hecho de que bajo los presupuestos de la primera tesis, el rastreo telefónico únicamente podría ordenarse en la investigación de delitos de narcotráfico, secuestro extorsivo y los demás delitos especificados en la reforma del 4 de enero del 2002, Ley No. 8200², y bajo los presupuestos de la segunda tesis, el rastreo telefónico podría ordenarse en la investigación de cualquier delito penal siempre y cuando sea respetado el procedimiento establecido en el Capítulo Primero de la Ley 7425.

² Artículo 9. Autorización de las Intervenciones: Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los Tribunales de Justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: *secuestro extorsivo, corrupción agravada tipificada en el artículo 168 del Código Penal, proxenetismo agravado, regulado en el artículo 170 del Código Penal, fabricación o producción de pornografía, tipificado en el artículo 173 del Código Penal, tráfico de personas menores y tráfico de personas menores para comercializar sus órganos, homicidio, genocidio y los delitos de carácter internacional de dirigir o formar parte de organizaciones internacionales que se dediquen a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas o estupefacientes o cometan actos de secuestro extorsivo o terrorismo.* (Ley No. 8200 de 4 enero 2002).

¹ Constitución Política Artículo 24. "Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones..."

En la resolución No. 3444-97 de las diez horas veintinueve minutos del 20 de junio de 1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por voto de mayoría, se indicó que la documentación de la existencia de la comunicación, por ejemplo, la fecha y hora en que una persona se comunicó con otra, la identidad del emisor del mensaje y de su receptor, puede ordenarse únicamente en casos en que se investiguen los delitos previstos en el artículo 9 de la Ley 7425 y considera por tanto violatorio al derecho a la intimidad y a la libertad de las comunicaciones, si el rastreo telefónico es ordenado para la investigación de los delitos que se salen de la cobertura del mencionado artículo 9. En este voto de mayoría³, la Sala modifica la línea de pensamiento que había venido manteniendo hasta el Voto No. 4454-95 de las once horas doce minutos del once de agosto de 1995, donde se indicaba que el procedimiento del rastreo telefónico debía regirse por lo estipulado en el artículo primero y siguientes de la Ley 7425.

Posteriormente y por Resolución No. 7239 de las diez horas quince minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Constitucional vuelve a su tras anterior postura y esta vez hace una diferenciación muy clara entre la intervención telefónica y el rastreo. En lo que interesa, la resolución indica lo siguiente:

“...la intervención telefónica implica dos aspectos esenciales. En primer lugar, se refiere al procedimiento técnico que permite y facilita la realización de la intervención misma, En segundo lugar, el término hace alusión a las implicaciones mismas del procedimiento de intervención telefónica, es decir, lo que se busca con dicho procedimiento y lo que con él se comprende....”

La doctrina es conteste en señalar que el procedimiento de intervención telefónica implica el registro y la escucha, es decir, la im-

³ Existe voto salvado del Magistrado Solano Carrera.

posición del contenido o la posibilidad de imponerse del contenido de las llamadas registradas mediante la intervención misma. El tema ha sido discutido sobre todo por la doctrina española, a partir de la necesaria distinción que ha de hacerse entre los términos “intervención” y “observación telefónica” contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...⁴ Así, claramente se ha diferenciado entre ambos conceptos, estableciéndose que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término “observación” “ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, del número telefónico del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido el cual debe permanecer secreto-. Estas conclusiones son perfectamente trasladables a nuestro medio distinguiéndose entre la intervención telefónica, que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas y el procedimiento de “rastreo telefónico”, procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse del contenido de las llamadas.... En el caso en estudio, se observa que la parte recurrida ordenó el rastreo de las llamadas..., por lo que no se aprecia la violación de derechos fundamentales alegada en este recurso, toda vez que en ningún momento se tuvo acceso al contenido de las llamadas hechas o recibidas...” (el subrayado no es del original).

⁴ Artículo 79. Ley de Enjuiciamiento Criminal. “...2. Asimismo podrá el Juez acordar en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que sirvan para la realización de sus fines delictivos...”

A partir de este voto de la Sala Constitucional, la Jurisprudencia se ha mantenido congruente con esta tesis y al respecto citamos la resolución No. 2001-00698 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas veinticinco minutos del trece de julio del dos mil uno y el Voto No. 2002-5400 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas con cuarenta y seis minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos⁵.

Consideramos que esta última interpretación que se ha dado a la naturaleza del rastreo es la correcta. En efecto, el rastreo telefónico no constituye una intervención a las comunicaciones pues no existe imposición en el contenido mismo de la comunicación, no hay injerencia sobre ese empleo de la palabra para expresar ideas, la escucha es del todo inexistente, el mensaje no es descubierto. Se trata de un procedimiento si se quiere “periférico” de lo que es la comunicación propiamente dicha, pues lo único que se obtiene es la información del medio empleado para que la comunicación se concretara. Es por tanto, medio de prueba legítimo aplicable para esclarecer cualquier asunto de naturaleza penal en el tanto sea absolutamente indispensable su obtención.

De diferente tratamiento son los listados de mensajes a partir de la radiolocalización. Pasados o presentes, se trata de comunicaciones o mensajes que se han dado entre particulares, de cuyo contenido hay imposición de parte de la autoridad judicial. Se trata pues, de una intervención a la comunicación y el régimen legal aplicable, será el Capítulo II de la Ley 7425.

Entendida pues la distinción entre los conceptos intervención de las comunicaciones y rastreo telefónico, importante ahora resulta analizar el régimen legal aplicable para su producción.

⁵ En ambos casos fue invocada incorporación de prueba ilegítima y violación al ámbito de la intimidad y fueron declaradas sin lugar.

Cuando el rastreo telefónico es ordenado, lo que se obtiene es un registro de un listado de llamadas efectuadas o recibidas por un aparato telefónico, contiene también, la hora y la fecha de las llamadas y la identificación del emisor o del receptor de la comunicación. Al tratarse de un registro⁶, el cual va a declarar ciertas cosas para comprobar algo, será de aplicación el Capítulo Primero de la Ley 7425 que en la puntualización de los documentos privados⁷ describe precisamente este instrumento llamado registro. Esto quiere decir que la orden para la producción de la prueba, la emitirá única y necesariamente el Juez Penal por auto fundado y a petición razonada del Fiscal del Ministerio Público⁸.

Consideramos de vital importancia analizar ahora el ámbito de aplicación del rastreo telefónico. El artículo 24 de la Constitución Política indica que la ley fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados. Sin embargo nos adelanta la Constitución Política, que esa orden se emitirá cuando *sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia*. Por su parte, la Ley de Registro, Secuestro y Examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones en su artículo primero, - que fija la competencia o ámbito de aplicación de la ley -, indica que los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, *cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento*.

⁶ Registro: lugar donde se apuntan diferentes cosas. Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado.

⁷ Entendido como el instrumento que sirve para documentar un acto o un hecho.

⁸ Artículo 2 Ley 7425. “Cuando resulte indispensable para averiguar la verdad, el Juez podrá ordenar ..., el registro, el secuestro y el examen de cualquier documento privado...”.

Del artículo mencionado se derivan dos elementos importantes: El secuestro de cualquier documento privado (que incluye el rastreo telefónico) se ordenará:

1. Cuando sea *absolutamente indispensable* y
2. Cuando sea necesario utilizarlo *para esclarecer asuntos penales* sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Con sobrada prudencia el legislador condiciona o limita el ámbito de aplicación del secuestro, registro y examen de documentos privados. Por tanto la prueba que se solicita y ordena debe ser absolutamente conducente, pertinente y útil para esclarecer el caso y debe utilizarse única y exclusivamente para asun-

tos o investigaciones de naturaleza estrictamente penal.

La prueba obtenida ilegalmente o sea con inobservancia de las disposiciones comentadas, acarrea graves consecuencias de carácter procesal y personal. Primero, la prueba obtenida de manera ilegítima no producirá ningún efecto jurídico y segundo, el Régimen de Sanciones de la Ley de Registro, secuestro y Exámen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones en su artículo 24 reprime con prisión de uno a tres años, al funcionario policial, al Juez o al Fiscal que dolosamente obtenga la prueba con inobservancia de las formalidades o requisitos prescritos en la Ley 7425.

Análisis del proyecto de reforma al Código Penal en relación con el delito de secuestro

Lic. Willy Escalante Q.

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, emprender un proceso serio y reflexivo de reforma al sistema penal de un país debe comprometer ampliamente a todos los sectores involucrados en su aplicación, jueces, fiscales, defensores, litigantes, académicos y ciudadanos en general, ya que serán unos quienes lo pondrán en práctica y otros los que sufrirán sus necesarios efectos.

Desde hace varios años, diversos sectores preocupados por lo que han llamado “aumento de la criminalidad”, que se ha traducido en una intensa sensación de “inseguridad ciudadana”, han venido clamando por la promulgación de normas penales modernas, más rígidas y acordes con la realidad social que experimenta el país. Lamentablemente, algún sector minoritario de este impulso reformista plantea el endurecimiento de las penas de prisión como una solución al fenómeno criminal, tesis que se encuentra claramente superada por las más actuales corrientes de pensamiento en el Derecho Penal.

Es prácticamente unívoca la necesidad de propiciar una reforma integral al sistema penal contemplando las diferentes aristas del problema y no detenerse únicamente a sugerir aumentos de penas de prisión en un país co-

mo el nuestro en el que el sistema penitenciario a duras penas puede cumplir con su función. Mediante la discusión y la reflexión se deben recoger ideas, opiniones y aportes de todos los sectores sociales indicados, para construir normas penales que en primer lugar, respeten el marco constitucional vigente y en segundo término, puedan efectivamente ser aplicadas y tengan la eficacia que se pretende darles.

El derecho penal positivo que se quiere implementar a corto plazo, debe tratar, en lo posible, de ser fruto del profundo análisis de la realidad nacional, del fenómeno criminal costarricense y ha de ser necesariamente, lo suficientemente visionario para aceptar que la realidad material corre a pasos agigantados al lado del carácter estático de la letra de la ley.

Percibiendo en el marco del foro de discusión de reforma al Código Penal ese propósito, se expondrán brevemente los cambios que se han planteado en el texto de reforma al delito de Secuestro, desde una perspectiva estrictamente jurídica y tomando como fundamento la praxis judicial que se ha desarrollado en los últimos tiempos en esta materia, luego de haber superado una ola de secuestros que azotaron al país desde mediados del año dos mil.

II. ANÁLISIS DE REFORMA AL DELITO DE SECUESTRO.

Con el propósito de tener una visión general del estado actual de la regulación legal de este delito y la propuesta de reforma, se combinará a continuación el análisis de varios aspectos esenciales, contraponiendo la regulación vigente con el planteamiento de la reforma. Así, se hará referencia a la ubicación del delito dentro del Código Penal, al sujeto activo, sujeto pasivo, acción típica, agravantes, atenuantes y de ser necesario se acompañará la crítica respectiva para que sea oportunamente valorada y enriquecida con el aporte de todos los participantes en este serio y delicado proceso de reforma legal al sistema penal costarricense.

A. DENOMINACIÓN DEL DELITO.

1. Situación actual.

Según se aprecia de la lectura del artículo 215 del Código Penal vigente, el delito de interés es denominado Secuestro Extorsivo y ello obedece básicamente a la estructura de la acción típica que se analizará en detalle en el apartado correspondiente.

2. Propuesta de reforma.

El numeral 177 del Proyecto de Reforma al Código Penal cambia el nombre del delito de comentario denominándolo simplemente “Secuestro de personas”, quitándole el calificativo de “extorsivo”, lo cual según se verá más adelante puede plantear algunos problemas en el ámbito de la acción típica.

B. UBICACION DEL DELITO Y BIEN JURIDICO TUTELADO.

1. Situación actual.

El delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 215 del Código Penal está inserto dentro del Libro Segundo, Título VII denominado Delitos contra la propiedad Sección III denominada Extorsiones. Sin mayor esfuerzo,

es claro que el legislador concibió este tipo penal como un hecho contra la propiedad o el patrimonio, aspecto que en la práctica se queda muy corto y que la reforma pretendida a este delito parece mejorar sustancialmente en cuanto a su ubicación.

2. Propuesta de reforma.

En el proyecto de reforma penal el delito de “Secuestro de personas” se encuentra previsto en el Libro Segundo Título III denominado Delitos contra la Libertad a su vez en el Capítulo I titulado “Delitos contra la libertad individual”.

La fórmula por la que ha optado el proyecto de reforma es mucho más precisa que la vigente, pues el delito de secuestro, pese a que consigue afectar varios bienes jurídicos fundamentales, el que más contundentemente lesiona es sin duda alguna, la libertad personal o individual.

Para secuestrar a una persona es necesario sustraerla, retenerla u ocultarla, privándola de su libertad ambulatoria. Así, el individuo queda reducido a la voluntad de los sujetos activos, quienes no solo restringirán sus movimientos sino que además sustituirán la libertad de determinación del individuo para los más elementales actos propios de todo ser humano como dormir, comer, etc.

A partir de reiteradas resoluciones de la Sala Constitucional⁹, uno de los requisitos para la elaboración de cualquier tipo penal es precisamente que este cuente con un bien jurídico tutelado que le dé significado y justificación. Es por ello que es generalmente aceptado que el delito de secuestro causa un grave daño o ataque a importantes bienes jurídicos que debe ser objeto de tutela penal. En primera instancia y como se ha indicado, con este tipo penal se trata de proteger jurídicamente la li-

⁹ Ver a modo de ejemplo Voto de la Sala Constitucional número 6410 de las 15 horas 12 minutos del 26 de noviembre de 1996.

bertad personal, sin embargo, como podrá percibir el lector, su halo protector alcanza a otros bienes no menos importantes tales como la libertad de determinación, el patrimonio, la integridad física y la salud, esta última en el aspecto físico como mental.

C. SUJETO ACTIVO.

1. Situación actual.

En este aspecto el delito de secuestro extorsivo, tal y como esta concebido en la actualidad, no requiere de una condición especial para quien pueda resultar sujeto activo, ya que cualquier persona puede llenar los requisitos objetivos y subjetivos de esta delincuencia.

2. Propuesta de reforma.

En relación con el sujeto activo del delito de secuestro de personas, el proyecto de reforma mantiene la fórmula anterior ratificando que cualquier persona, sin requerimientos especiales, es capaz de cometer este hecho punible.

D. SUJETO PASIVO.

1. Situación actual.

El numeral 215 del Código Penal permite que cualquier persona pueda ser sujeto pasivo de este delito, es decir, cualquiera puede ser secuestrado, sin embargo, dependiendo de quién sea el secuestrado la ley prevé agravantes en la pena a aplicar.

Las distinciones que establece el referido artículo son razonables debido a que se trata en un primer caso de sectores sumamente débiles de la población que estarían expuestos -por su sola condición- a sufrir mayores daños con ocasión del delito. Por ello, se agrava la pena en relación con el sujeto pasivo cuando se trate de menores de edad, mujeres embarazadas, incapaces, enfermos o ancianos.

En segundo término, hay una agravación en relación con el sujeto pasivo cuando este sea funcionario público, diplomático o cónsul acreditado o de paso por el país. Claramente se aprecia que estos sujetos pasivos especiales revisten una indudable importancia, ya que en relación con el común de los ciudadanos realizan funciones y tienen obligaciones más delicadas y de mayor trascendencia que los coloca en una situación de vulnerabilidad, que podría querer utilizarse con el fin de doblegar la voluntad de sus instituciones, gobiernos o países, ya que son sus representantes.

2. Propuesta de reforma.

La propuesta de reforma al delito de secuestro igualmente plantea la posibilidad de que cualquier persona pueda ser sujeto pasivo de esta grave acción criminal. En el mismo sentido que lo hace la regulación actual, contempla agravaciones de penas cuando los sujetos pasivos sean menores de edad, mujeres embarazadas, incapaces, enfermos o ancianos.

Donde si se aprecia un cambio positivo, es cuando el artículo 178 del proyecto de reforma penal decide agravar la pena cuando el sujeto pasivo del secuestro es un servidor público, un diplomático o cónsul acreditado o de paso por el territorio nacional y extiende esta circunstancia agravante cuando el secuestrado sea cónyuge o conviviente, ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad de los anteriormente mencionados.

Es necesario hacer notar que no necesariamente el concepto de ofendido va a coincidir estrictamente con el de sujeto pasivo, pues debido a las particularidades de esta delincuencia, la persona secuestrada es normalmente diferente del sujeto pasivo del delito, que sería entonces quien recibe las exigencias típicas previstas en la norma.

E. ACCIÓN TÍPICA.

1. Situación actual.

El artículo 215 del Código Penal contempla como acción típica la de “...secuestrar a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales...”. Como se señaló anteriormente, la propia denominación prevista para este delito evoca claramente un fin eminentemente extorsivo, el cual va acorde con la realidad nacional y con la lamentable experiencia que ha tenido nuestro país con este tipo de hechos en donde como regla general se perpetra este delito con una finalidad básicamente de provecho económico ilegítimo para los autores.

La norma penal mencionada también adiciona como fines del secuestro extorsivo los políticos, político-sociales, religiosos o raciales.

Clásicamente en doctrina se ha entendido por secuestrar la acción de “*sustraer, retener u ocultar a una persona*”. Así, se trata de tres acciones que equivalen a secuestrar. Siguiendo al autor Carlos Creus, la acción de “...*sustraer importa la de apartar a la persona de la esfera donde desenvuelve su vida en libertad -aunque esta no sea completa- o bajo la guarda ejercida por terceros...la de retener es hacer permanecer a la persona fuera de aquella esfera durante un lapso que puede ser más o menos prolongado; la de ocultar vale tanto como esconderla y alcanza tipicidad en cuanto procura impedir que la persona sea reintegrada a aquella esfera, dificultando la acción de quienes puedan hacerlo...*”.¹⁰

La estructura típica actual requiere que exista en el sujeto activo un elemento subjetivo adicional, cual es la finalidad de “*obtener rescate*” e igualmente se precisa que el sujeto activo realice actos tendentes a obtener ese rescate. Esta es la principal explicación que se

puede encontrar para haber insertado esta figura penal dentro de los delitos contra la propiedad.

El concepto de rescate se puede definir como “...*el precio por la liberación de la persona a quien se ha privado de libertad: puede consistir en dinero o en cualquier otra prestación de contenido económico...*”.¹¹

En la experiencia forense actual, la totalidad de los hechos que han sido calificados como secuestros tienen la característica de que los sujetos activos han realizado acciones extorsivas con un claro fin de lucro: obtener un rescate en dinero en efectivo para acceder a la liberación de la víctima.

Son pocos los secuestros que se han realizado en el país con otra motivación o finalidad distinta a la extorsiva con intención de obtener rescate.

En el plano del aspecto subjetivo, se trata de un delito planteado exclusivamente como dolo, el cual requiere la existencia de un dolo directo, pues no se concibe la idea de un secuestro -delito fundamentalmente premeditado y planificado cuidadosamente- con un hecho culposo o con dolo eventual.

2. Propuesta de reforma.

El proyecto de reforma al delito de secuestro contempla un giro total a la concepción que anteriormente se tenía de este hecho, pues de primera entrada cambia el contenido o carácter básicamente patrimonial que ha tenido clásicamente esta figura penal y le amputa el aspecto extorsivo, sustituyéndolo, en forma muy amplia, por un concepto verdaderamente indeterminado y que podría propiciar que prácticamente cualquier conducta pueda tenerse como típica de un secuestro de personas según la nueva denominación.

¹⁰ Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Sexta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 456.

¹¹ *Ibid*, p. 457.

Según indica la norma penal propuesta en la reforma, cometerá este delito “...*Quien secuestre a una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad...*”¹² No precisa el legislador ninguna finalidad específica para el sujeto activo, a quien bastará secuestrar a alguna persona, sea sustraerla, retenerla u ocultarla según se señaló supra, exigiendo cualquier condición o petición para devolverle la libertad.

Mantener una formulación típica como la que se pretende en el artículo 177 -excesivamente amplia- podría atentar contra la constitucionalidad y coherencia de esta norma penal, la cual fácilmente podría cuestionarse por las vías usuales para ello.

Asimismo se aprecia cierto desfase en la construcción de la norma ya que no es en el núcleo típico sino en las circunstancias de agravación donde se viene a precisar e integrar el verbo del secuestro, indicando cuáles son las condiciones que podrían exigirse para hacer típico el hecho.

En la circunstancia de agravación número cinco, referida al secuestro de un servidor público, cónsul o diplomático acreditado o de paso por el país, a su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad, se dispone que el hecho se agrava en su penalidad cuando se verifique dicho secuestro y se exijan ciertas condiciones, ya no cualesquiera sino económicas, políticas, político-sociales, judiciales o inherentes a la función.

Por lo anterior, con el propósito de mejorar la construcción normativa se sugiere eliminar del verbo típico la configuración del delito cuando se exija “alguna condición” sin indicar expresamente cuál, tal y como lo exige el principio universal de tipicidad criminal y, en su lugar, precisar que incurrirá en esta figura penal “*quien secuestre a*

una persona exigiendo condiciones económicas, políticas, político-sociales o judiciales...”.

De no ser así, se daría cabida a la tipificación de cualquier situación que motive al agente para sustraer, retener u ocultar a una persona, coartándole su libertad personal. Además, para sancionar penalmente motivaciones diversas a las que doctrinariamente han caracterizado al delito de secuestro, se cuenta con otras figuras penales como la privación de libertad, en la cual se pueden encasillar muchas situaciones de hecho que en ocasiones son mal llamadas “secuestros”, como por ejemplo la toma de rehenes, que si se realiza con finalidades diferentes a las previstas para el secuestro no es más que una privación de libertad.

En cuanto a la circunstancia de agravación del secuestro del funcionario público o diplomático o a sus familiares directos previstos en el tipo penal, es conveniente mantenerla, única y exclusivamente, cuando el secuestro de estas personas sea ejecutado con la intención de obtener condiciones inherentes a la función que se desempeña, pues su razón de ser obedece al cargo que se ostenta y no a la persona en si misma.

F. CONSUMACIÓN.

1. Situación actual.

Según lo dispone el tipo penal vigente, la doctrina mayoritaria indica que el delito se consuma “...*con la privación ilegítima de libertad realizada con la finalidad típica...*”¹³, es decir, cuando se hayan producido actos tendentes a la finalidad extorsiva o de obtener rescate, como ha sido lo usual en la experiencia judicial del país.

No es necesario para la consumación del delito que se verifique el pago del rescate o el

¹² Artículo 177 del Proyecto de Reforma al Código Penal número 11.871 actualizado al 09 de abril del 2003.

¹³ Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Sexta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 458.

cumplimiento de los otros fines típicamente previstos, pues la misma normativa hace ceder la figura básica por la agravante “...cuando el autor logra su propósito...”.¹⁴

En cuanto al tema de la *tentativa*, aunque académicamente puede decirse que esta existe bajo ciertas circunstancias, en la práctica no sería posible calificar un hecho como secuestro si solamente se ha observado a un grupo de individuos tratar de llevarse a una persona y esta por diversas condiciones logra evadirse, ya que a lo sumo aquel hecho podría calificarse como tentativa de privación de libertad, pero con la severa limitación de poder desentrañar cuál era la finalidad del agente.

2. Propuesta de reforma.

El artículo 177 del proyecto de reforma al Código Penal no hace variación alguna al momento de la consumación de este delito, por lo que las consideraciones hechas en el acápite anterior son válidas también para la reforma.

Igualmente, la circunstancia agravante referente a cuando el autor logre su propósito ha sido prevista en idéntica forma, mereciendo únicamente un comentario que se reserva para más adelante.

G. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

1. Situación actual.

El delito previsto y sancionado actualmente como secuestro extorsivo contiene ocho circunstancias de agravación, que se traducen lógicamente en un aumento en la pena a aplicar.

a) Si el autor logra su propósito: bajo esta premisa se deben considerar aquellos casos en que el autor logra la finalidad propuesta con el secuestro, es decir, cuando consigue el cumplimiento de las condiciones exigidas (el pago del rescate o la verificación de cualquie-

ra de las condiciones típicas). Debe señalarse aquí, para ser consecuente con la teoría de la disponibilidad -de utilización común en delitos contra la propiedad en general- que tratándose del pago de rescate por la liberación de la víctima debe considerarse que el autor logró su propósito cuando los bienes o valores de los cuales se despojó al secuestrado o a quien efectuó el pago, entran en la esfera de disposición del sujeto activo.

b) Si el hecho es cometido por dos o más personas: generalmente la agravación de un delito con ocasión del número de personas que lo cometen va en atención al aumento en la capacidad de intimidación que genera cierto número de sujetos activos sobre la víctima, como ocurre con el ejemplo clásico del robo agravado y otras figuras propias de los delitos contra la propiedad, pero tratándose de hechos delictivos como el secuestro que evidencian en la práctica la existencia de una organización criminal y una clara distribución de funciones, es poco probable que un secuestro sea ejecutado por una sola persona. Lo común ha sido que exista un promedio de diez personas detrás de cada hecho de esta naturaleza, en donde se distribuyen las tareas a ejecutar, ya que son unos los que hacen la labor de inteligencia sobre el ofendido, otros los que lo privan de su libertad, otros los que lo ocultan y lo vigilan, otros los que hacen las exigencias extorsivas y finalmente pueden ser otros quienes recogen el pago del rescate. Se trata entonces de una circunstancia de agravación numérica que se verifica en forma “natural” en este tipo de delitos.

c) Si el secuestro dura más de tres días: indudablemente la prolongación en el tiempo de este delito puede causar mayores estragos en la salud e integridad física del secuestrado, pues se alarga su sufrimiento, su separación de los seres queridos, de sus actividades cotidianas y las vejaciones que normalmente se le inflingen, por lo que tres días parece ser un término razonable. No obstante, la experiencia más reciente sugiere que tal lapso no siempre se verifica, pues si bien hay algunos casos en donde el cautiverio ha sido muy prolongado, los llamados “secuestros

¹⁴ Ver artículo 215 del Código Penal vigente.

express” así denominados por su corta duración, precisan solamente en promedio ocho horas para lograr obtener el rescate por la liberación de la víctima.

d) Si el secuestrado es menor de edad, mujer embarazada, persona incapaz, enferma o anciana: se trata de una agravante necesaria para proteger a sectores de la población que podrían ser sujetos pasivos de este hecho punible y que debido a su especial condición son susceptibles de sufrir mayores daños.

e) Si la persona secuestrada sufre daño físico, moral, síquico o económico, debido a la forma en que se realizó el secuestro o por los medios empleados en su consumación: cabe aquí cualquier tipo de daño físico por más leve que este sea, igualmente cubre las amenazas e intimidaciones de que pueda ser objeto el secuestrado durante su cautiverio, daños mentales, psicológicos o psiquiátricos que el hecho genere en el sujeto pasivo y obviamente los daños de tipo económico que puedan generarse por la forma en que se cometió el delito.¹⁵

f) Si se ha empleado violencia contra terceros que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada en el momento del hecho o con posterioridad, cuando traten de liberarla: en esta agravante resulta de más indicar que la violencia debe ser desplegada en determinados momentos, basta que se realicen actos de violencia en contra de quien pretenda auxiliar al secuestrado, ya sea en el momento de su “levante” o en cualquier otro instante. Debe tenerse presente que bajo el concepto de violencia deben contemplarse sus dos acepciones básicas, sea violencia física o moral.

g) Cuando la persona secuestrada sea un funcionario público, un diplomático o cónsul

acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional y para liberarla se exijan condiciones políticas o político-sociales: en este supuesto de hecho se agrava el delito en virtud de la calidad especial que ostenta el sujeto pasivo, pues se requiere que sea funcionario público o diplomático y que para su liberación se exijan condiciones políticas o político-sociales, estos últimos conceptos sumamente imprecisos. La finalidad de esta agravante es tutelar a un sector de la población que en virtud del puesto que ostenta, posee potestades y obligaciones de mayor envergadura que el común de los ciudadanos, en representación de instituciones o gobiernos, lo que los hace más susceptibles de ser secuestrados con el fin de obtener alguna medida específica de parte de sus representadas. En el caso del funcionario público, término sumamente amplio en nuestro medio, era necesario como si lo hace el proyecto de reforma al Código Penal, indicar expresamente que su protección obedece a la posibilidad de que sea secuestrado para exigir el cumplimiento de alguna condición inherente a las funciones públicas que desempeña.

h) Cuando el secuestro se realice para exigir a los poderes públicos nacionales o de un país amigo, una medida o concesión: esta agravante guarda gran similitud con la que prevé una sanción más fuerte cuando se secuestra a un servidor público o funcionario diplomático, solamente que aquí podría tratarse de cualquier persona la secuestrada y se exijan por ella condiciones de índole política o político-social. Por ello, el tipo penal vigente parece recoger una finalidad concreta ya prevista en el tipo penal básico, por lo que su inclusión se considera reiterativa y poco práctica.

i) Causación de lesiones graves o gravísimas o muerte del secuestrado: esta agravación más bien sugiere ser una circunstancia de calificación del delito, cuando este tenga como resultado la producción al ofendido de lesiones graves o gravísimas o en su caso la muerte. En el caso de las dos primeras, deberá estarse a lo dispuesto por dichas figuras en la parte especial del

¹⁵ Piénsese un caso hipotético en que el ofendido sea privado de su libertad personal mientras conducía su vehículo personal, el cual es utilizado por los secuestradores para llevarlo al sitio de cautiverio y posteriormente, con el fin de dificultar las investigaciones, estos deciden quemar el automotor propiedad del afectado, lo que le genera lógicamente un daño valorable económicamente.

Código Penal, para distinguir los supuestos de hecho que contemplan.

En el caso del resultado muerte, se considera que debe verificarse la agravación del hecho cuando ocurra la muerte bajo cualquier circunstancia, ya sea que esta sea generada directamente por los secuestradores o bien por una acción policial de liberación de la víctima, ya que en uno u otro caso, la posición de cautiverio fue propiciada y ejecutada por los sujetos activos, quienes necesariamente deben cargar con la responsabilidad penal si el secuestrado llegara a fallecer.

Debe notarse que, a diferencia de la manera en que lo hace el proyecto de reforma, en el Código Penal vigente todas las agravantes están incluidas en el mismo tipo penal.

2. Propuesta de reforma.

En general, las circunstancias agravantes previstas en el proyecto de reforma mantienen una similitud con la situación actual que el Código Penal presenta. Habrá agravación del hecho cuando el autor logre su propósito, cuando dure más de tres días, cuando se trate de menores de edad, mujeres embarazadas, incapaces, enfermos o ancianos, cuando haya violencia sobre aquellos que trataron de ayudar a la víctima, cuando se trata de servidores públicos, cónsules o diplomáticos con motivo de su función, cuando sea cometido para formularle exigencias a los poderes públicos del país o de un gobierno extranjero y finalmente, cuando sea cometido por dos o más personas.

Por ello, valgan los comentarios hechos en el aparte anterior, de aplicación al planteamiento que contiene la reforma.

Si merece la pena comentar algunas leves pero importantes modificaciones detectadas en algunas de estas circunstancias agravantes.

En primer lugar, destaca el hecho de que el secuestro agravado se construye en un tipo penal independiente del básico, lo que en principio aporta mayor orden y coherencia normativa.

Analizando en concreto algunas de estas circunstancias, se tiene que cuando se agrava el hecho por actuarse con violencia contra las personas que trataron de auxiliar a la víctima, la reforma excluye indicar, como si se hace en el tipo penal actual, los momentos en que ese auxilio debía producirse. Realmente, por la gravedad del hecho, el delito debe agravarse sin necesidad de distinguir cuando se deben producir esos actos de violencia, por lo que la forma en que se recoge en el proyecto de reforma es bastante acertada.

En lo atinente a agravar el hecho cuando se trate de servidores públicos, cónsules o diplomáticos acreditados o de paso por el país, muy apropiadamente se ha extendido la agravante cuando resulten secuestrados familiares del círculo más cercano al funcionario, como serían su cónyuge o conviviente, sus padres, sus hijos y hermanos. Como se expresó líneas atrás, esta circunstancia de agravación obedece a una tutela no a la persona en sí sino a su posición dentro del complejo engranaje de una institución o de un gobierno, debido a que por su particular posición son más susceptibles de ser secuestrados con el fin de obtener alguna medida o concesión de parte de la institución o gobierno que representan. Extender la tutela penal a sus familiares más directos es comprensible debido a que secuestrando a una de estas personas con quienes existen fuertes vínculos afectivos se facilitaría lograr el cumplimiento de las exigencias planteadas con el secuestro.

Si debe destacarse que la norma penal propuesta en la reforma excluye cualquier agravación o calificación del hecho cuando se le produzcan a la víctima lesiones graves o gravísimas o la muerte con ocasión del secuestro.

Esta exclusión parece tener lógica dentro del contexto integral de la reforma, ya que hay dos artículos en el proyecto que se refieren a estos aspectos, en primer lugar el numeral 118 titulado “Homicidio calificado o conexo con otros delitos” que establece una pena de “...*prisión de quince a treinta y*

cinco años quien mate a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito... ”. Por su parte, el artículo 133, inserto dentro de las distintas modalidades de las lesiones, dispone que: “...Los extremos de las penas previstas en los tres artículos anteriores se elevarán en un tercio, cuando concurran las circunstancias previstas para el homicidio calificado o conexo con otro delito... ”.

De esta forma, no se deja en desamparo o sin tutela hechos tan graves que podrían ocurrir con ocasión del secuestro y genéricamente, plantea la solución para calificar aquellos homicidios conexos con otros delitos, lo que ofrece grandes posibilidades para el operador jurídico penal respetando las exigencias constitucionales y legales de tipicidad y legalidad criminal.

H. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE.

1. Situación actual.

El Código Penal vigente prevé dentro de la misma estructura del tipo penal del secuestro, una circunstancia que puede ser calificada como atenuante y que se refleja en el monto de la pena a imponer. Se indica en esta que “...si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión...”

La atenuación parte evidentemente de que si se ha cometido delito, pero que sus consecuencias y resultados no fueron logrados, lo que hace acreedores a los sujetos activos de una reducción en el monto de la pena a imponer.

La escasa duración del secuestro y la no obtención del propósito trazado por sus autores son aspectos que se valorarán tan pronto la persona sea liberada, no obstante la “no ocurrencia de daño alguno” solamente podrá ve-

rificarse en la etapa de oralidad, ya que precisaría además de que se compruebe que no hubo daño económico debe valorarse psicológica o psiquiátricamente a la víctima sobre las secuelas que el hecho pudo dejar en su salud¹⁶, cuyo dictamen requerirá ser sometido al contradictorio de las partes.

2. Propuesta de reforma.

En una forma más ordenada, pero algo imprecisa, el proyecto de reforma del Código Penal dedica el artículo 176 a definir una circunstancia de atenuación muy similar a la que ya contiene la ley penal actual.

Esta atenuante procederá “...Cuando se deje en libertad a la persona secuestrada, sin daño alguno en su salud y como producto de negociaciones o voluntariamente, sin que se haya logrado el propósito del agente y dentro de los tres primeros días, la pena de prisión será de seis a diez años...”¹⁷.

La anterior norma presenta algunas inconsistencias que pueden dificultar su puesta en práctica. En primer lugar, se incluye ahora que la liberación sea efectuada producto de negociaciones o voluntariamente y aquí es donde viene el primer cuestionamiento al atenuar un hecho tan grave cuando ha habido negociaciones.

El artículo no permite establecer de qué tipo de negociaciones se trata. Esto es muy delicado ya que “negociaciones” pueden ser para lograr pacíficamente la liberación sin condición alguna o bien pueden haberse producido “negociaciones” entre las partes para la entrega de un posible rescate. Esto daría pie a que se pretenda, en un caso donde los secuestradores hayan hecho sus exigencias de pago de rescate -usualmente en dinero- y estas se

¹⁶ El concepto de salud debe ser considerado en forma integral, tomando en cuenta tanto la parte física como la mental del individuo.

¹⁷ Artículo 179 del Proyecto de Reforma al Código Penal número 11.871 actualizado al 09 de abril del 2003.

les compliquen de alguna manera, tratar de atenuar el hecho por cuanto hubo “negociaciones”. Además de lo anterior, si se ha debido recurrir a cualquier tipo de negociación, ello no denota una clara voluntad de los secuestradores para liberar a la persona cautiva, lo cual no debe ser beneficiado con una rebaja de pena. Por ello, se considera que se debe mantener la fórmula de la atenuante actual, en la cual únicamente se producirán beneficios en reducción del monto de la pena cuando la liberación de la víctima haya sido totalmente voluntaria con el cumplimiento del resto de requisitos incluidos en esta norma.

En referencia a estos requisitos, esa liberación de la víctima debe ser voluntaria y debe tener un plazo máximo para su realización, establecido por el proyecto de reforma “...dentro de los tres primeros días...” pero he ahí el error, no se dice dentro de los tres primeros días de qué -se supone que se refiere a los tres primeros días luego de la consumación del hecho- pero la observación radica en que en materia penal se requiere claridad y concreción en su literalidad, evitando hasta donde sea posible recurrir a analogías, interpretaciones o cualquier otro instrumento hermeneútico pues se trata de la aplicación de sanciones penales que significarán años más o menos de cárcel para alguna persona.

I. REFORMULACION DEL TIPO PENAL

Tomando como punto de partida las observaciones hechas hasta acá, podría reformularse el texto legal de la reforma de la siguiente manera:

“ARTICULO 177: Secuestro de personas

Quien secuestre a una persona exigiendo condiciones económicas, políticas, político-sociales o judiciales para ponerla en libertad, será sancionado con pena de prisión de diez a quince años.

ARTICULO 177: Secuestro agravado de personas

Las penas del delito tipificado en el artículo anterior serán de quince a veinte años de prisión en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1. Si el autor logra su propósito.*
- 2. Si el secuestro dura más de tres días.*
- 3. Si la persona secuestrada es menor de edad, mujer embarazada, incapaz, enferma o anciana.*
- 4. Si se ha empleado violencia contra terceros, que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada.*
- 5. Si la persona secuestrada es un servidor público, diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional, su cónyuge o conviviente, ascendiente o descendiente, o hermano por consanguinidad o afinidad, siempre que para su liberación se exijan condiciones inherentes a la función que desempeñan.*
- 6. Cuando el secuestro se perpetre para exigir a los poderes públicos nacionales o de un gobierno extranjero, alguna medida o concesión.*
- 7. Si el hecho es cometido por dos o más personas.*

ARTICULO 179: Circunstancia atenuante

Cuando se deje en libertad voluntariamente a la persona secuestrada, sin daño alguno en su salud, sin que se haya logrado el propósito del agente y dentro de los tres primeros días, la pena de prisión será de seis a diez años.”

La defensa técnica, formación policial e interrogatorio

Lic. Guillermo Sojo Picado

“La defensa no es un privilegio ni una concesión exigidos por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre y por consiguiente inalienable”

(Helié, citado Carrara. Programa, Vol.III., p.p. 457- 458)

I- INTRODUCCIÓN

El principio de defensa técnica se consagra en el artículo 13 del Código Procesal Penal, norma que a la letra indica lo siguiente: *“Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa letrada. Para tales efectos, podrá elegir un defensor de confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación judicial o policial que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él”*.

En consecuencia con esa norma, la defensa se concibe como un derecho del imputado, el cuál es irrenunciable, e inviolable. Sobre el tema en estudio es posible efectuar multiplicidad de enfoques o áreas de análisis, desde aquéllas que se refieren al modo como se ejerce el poder en una determinada sociedad,

dato que no existe la menor duda que el tema del imputado y el ejercicio de su defensa, sea material o técnica, no es más que un enfrentamiento directo con los órganos del poder estatal: Policía, Jueces, Ministerio Público. Por eso tenía razón Carrara – insigne defensor – al afirmar que la defensa es una cuestión de orden público, en el tanto en ella tiene interés directo la sociedad *“... ya que esta necesita, no de una pena que recaiga sobre cualquier cabeza, sino del verdadero castigo del culpable; de este modo la defensa, no es únicamente de orden público secundario, sino de orden público primario”*¹.

Sin embargo, como lo haremos ver, la defensa del imputado, no siempre fue concebida desde esa perspectiva. Ha sufrido enormes vicisitudes a lo largo de la historia. Inclusive puede decirse que la historia del proceso penal, es a la vez – si se quiere ver así – la historia del imputado y el ejercicio de su defensa. De ahí que, partiendo del mismo contenido del artículo 13 del Código Procesal Penal,

¹ Cfr. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General Vol. II. Buenos Aires y Bogotá. Editorial Temis. P. 458. Este autor a partir de la página 97 del Volumen II se ocupa de la defensa del imputado y la concibe como un verdadero derecho original del hombre y no una simple concesión del Estado.

se deriva fácilmente que cualquier indagación sobre el ejercicio de la defensa técnica del imputado, debe plantearse como un derecho de naturaleza irrenunciable, y que acompaña al imputado en todas las etapas del proceso, desde la policial, e inclusive aun en la ejecución del fallo.

Autores de la talla de Carrara, se han ocupado ampliamente del tema de la defensa, en particular a las *diversas maneras* de llevarla a cabo, de definir *los privilegios* que debe tener el defensor para la defensa de la justicia, así como respecto de *los deberes* que impone ese cargo².

Otros autores se han ocupado también de las relaciones entre defensa material y defensa técnica³. Vemos – entonces- que el tema de la defensa es amplio, lleno de vetas de exploración, de manera que ante la imposibilidad de hacer un estudio exhaustivo - dada la naturaleza de este ensayo – nos pareció oportuno indagar un ángulo o perspectiva de análisis, pero sin desconocer otras posibles aristas de enfoque. En el caso concreto, y a los fines de este ensayo, hemos limitado la indagación al punto del ejercicio de la defensa técnica en sede policial, en particular respecto de las facultades de los entes policiales de interrogar al imputado, así como de la vigencia real de la defensa a ese nivel. Igualmente haremos una referencia en cuanto a la formación policial en el sentido de verificar si existe o no, una tendencia – pese a que la policía judicial es un ente técnico – de privilegiar el interrogatorio como método para esclarecer los delitos, en desmedro del aspecto científico.

2 Cfr. CARRARA. *Ibidem*. P. 98 y s. s.

³ En este sentido, puede verse VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *La Defensa Penal*. Buenos Aires. Rubilzal- Culzoni. San Fe. 1989. Este autor hace un estudio detallado de las diversas aristas en que puede ser enfocado el tema de la defensa en el proceso penal.

II- HIPÓTESIS DE TRABAJO Y ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS PROPUESTO.

Delimitado el ángulo de estudio, debemos proceder a plantear tres hipótesis como herramientas metodológicas de la exploración del tema a tratar.

La primera: Si bien el Código Procesal Penal, en su artículo 13 indica que: “*Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada*”, e igualmente, en armonía con ese artículo, el numeral 101 de ese mismo cuerpo de normas dispone que “*Los defensores designados serán admitidos en el procedimiento de inmediato y sin ningún trámite, tanto por la policía como por el Ministerio Público, según sea el caso*”, en la realidad, existen factores que pueden llegar a atentar contra la vigencia efectiva de esa garantía. Así, la concepción de los funcionarios policiales respecto a su papel en la protección de los derechos y garantías, la formación que brinda una importancia de primer orden al interrogatorio, así como la eventual entronización de algunas prácticas, son aspectos que deben ser considerados. Lo anterior hace que esas garantías de defensa se puedan llegar a lesionar o no se cumplan en la realidad de la *praxis* policial.

Segunda: Que si bien nuestro sistema, y conforme a la relación de los artículos 98, y 286 inciso h- del Código Procesal Penal, se establece que la Policía Judicial no podrá recibirle declaración al imputado, esas normas contradictoriamente posibilitan la entrevista con fines de investigación, de manera que la regulación positiva es temerosa y defectuosa, y puede dar margen para que se vulneren los derechos de defensa.

Tercera: Que uno de los aspectos que puede para privilegiar el interrogatorio es la formación del oficial de investigación es precisamente la existencia de instrumentos como el

mismo Manual de Investigación, y que coloca al interrogatorio como una herramienta esencial de primer orden para el esclarecimiento de los delitos.

El ensayo pretende insistir en las inconsistencias del sistema normativo en punto al ejercicio del derecho de defensa en sede policial. Igualmente se quiere resaltar que ese ejercicio real del derecho de defensa, se ve limitado por la escasa importancia que los estudios procesales le han dado a la fase policial, a la delimitación de su naturaleza, siendo en todo caso una área descuidada por los procesalistas. En una simple aproximación a área del mundo de lo represivo, pone al descubierto que las prácticas policiales – especialmente de la policía de prevención - son el reino de la discrecionalidad no reglada, y en una línea a veces limítrofe con la arbitrariedad.

Existen declaraciones de principios, pero poco o muy poco se ha dicho sobre la puesta en vigencia de las garantías de defensa a ese nivel. En este punto, es evidente que la función policial, pese a su importancia dentro del proceso penal, parece estar un tanto alejada de los controles jurídicos. Se quiere ir a los orígenes del porqué se privilegia tanto el interrogatorio, considerando que uno de los factores básicos para ello ocurra de ese modo es precisamente la formación policial, y que parte desde el mismo Manual instructivo dirigido a los investigadores.

III- EL SISTEMA PENAL Y UNA BREVE HISTORIA DE LA DEFENSA TÉCNICA

Nadie discute que el sistema penal, en concreto el juicio penal, tiene enormes repercusiones sobre la persona a la que amenaza o se le impone una pena. La pena es la forma más autoritaria en que el Estado impone su voluntad. De ahí que es preciso el respeto de las garantías substanciales y procesales en la imposición de la sanción, y que como en el caso del derecho de de-

fensa, rige y se le debe garantizar al imputado aun desde la etapa policial.

En cuanto al sistema de garantías, siguiendo a Ferrajoli, se distingue entre garantías orgánicas y procesales. La primeras son “... *aquellas relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto de los demás poderes del estado y a otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal*”. En cambio, las garantías procesales son “... *aquellas relativas a la formación del juicio, es decir a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa, y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de la acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios, y demás actos de instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de defensa, la motivación de los actos judiciales*”⁴.

La defensa es concebida como una garantía de tipo procesal, que debe siempre ser respetada a los fines de no deslegitimar el juicio que recaiga sobre el imputado. Pero no siempre ha imperado esa concepción de la defensa del acusado como un derecho o una garantía, ni en todas las épocas se le ha garantizado al imputado su defensa.

Así, el autor Karl Heinz Goesell – y lo traemos a colación por lo ilustrativo que resulta – cita que la defensa ni el cargo de defensor, ha sido una institución que goce de prestigio en todos los tiempos. Afirma ese autor que en ocasiones el cargo de defensor se asocia a la idea de la liberación del culpable a cualquier precio, e inclusive mediante el uso de tretas y tergiversaciones aborrecibles, idea que llevó en Prusia en 1713 a promulgar el tristemente celebre “*Mantelerlass*” o conocido como el “*decreto del gabán*” y por el cual se imponía a los abogados defensores usar, aun en su vi-

⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid. Editorial Trotta. S.A. 1995. P. 539.

da privada, un gabán negro, a fin de que pudieran ser reconocidos desde lejos. Este autor cita que ya en Prusia en 1780, se eliminaron por decreto real los abogados, al indicarse en ese decreto que: “*Va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean directamente escuchadas por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado. Estos abogados tienen el mayor interés en complicar y alargar lo más posible los pleitos, porque de ello depende sus ganancias y el propio bienestar*”⁵.

De esta posición del abogado defensor que ejerce el cargo como representante de los intereses de un individuo en particular, se puede llegar – y la historia lo demuestra – a la idea de un defensor que ejerza el cargo no a favor del imputado, sino de un sistema político determinado. Así ocurrió con la posición asumida por el nacionalsocialismo en que el derecho no se dirige a la protección del individuo, sino de la comunidad entera, y en que el defensor no es el representante de los intereses del individuo, sino del derecho, que puede ser – obviamente – el derecho de un sistema totalitario. En la concepción socialista, el defensor, ya no defiende los intereses del imputado, sino los intereses del Partido y de la clase trabajadora. En la Inquisición, con toda la secuela de violación de derechos humanos, la defensa no quedó incólume, siendo la confesión la prueba esencial de los hechos.

En el caso de Costa Rica, han existido claros ejemplos de la violación al derecho de defensa, como ocurrió en caso del llamado “Crimen de Colima”, y en cuya sentencia dictada por la Sala Tercera de la Corte conociendo un procedimiento de revisión, se puede leer lo siguiente:... *se mantuvo a los imputados detenidos, incomunicados, y bajo secreto de las diligencias judiciales, por un plazo excesiva-*

⁵ Cfr. GOESELL, Karl. *El Defensor en el Proceso Penal*. Bogotá- Colombia. Editorial Temis. 1989. 1989.. p.p. 3 y 4-

*mente mayor al permitido por las normas procesales de entonces (artículos 278 y 170 del Código de Procedimientos Penales de 1910. (ver folio 34 del tomo I del expediente principal en que consta que el secreto se levantó más de un año después, y al folio 63 del mismo tomo en que la incomunicación se dejó sin efecto también un año después). Puede apreciarse igualmente en la causa principal, que los imputados estuvieron sometidos a la orden de las autoridades de policía sin ningún control y que las supuestas “confesiones” por ellos rendidas se hacen sospechosas de la coacción física y moral...”*⁶.

De lo expuesto se infiere que el oficio de defensor, y el ejercicio de la defensa, hunde sus raíces en la historia del proceso, y tiene de modo directo relación con los sistemas políticos que han imperado e imperan en una sociedad determinada.

El tema de estudio, se limita al ejercicio de la defensa en sede policial, de modo que es preciso ocuparse de modo breve a este sector institucional.

IV. LA FUNCIÓN POLICIAL EN UN ESTADO DE DERECHO

No existe la menor discusión respecto de la importancia de la función policial en un estado derecho. Pese a ello, la instancia policial no ha sido objeto de estudio doctrinario⁷, ni existe sobre ella un desarrollo jurisprudencial importante. La función de la policía, salvo en

⁶ Cfr. Sala Tercera de la Corte Voto 1278- 99 de las 15 horas del 14 de octubre de 1999.

⁷ En Costa Rica sobre la función policial puede consultarse. TIJERINO PACHECO, José María. *Policía Judicial: Una perspectiva latinoamericana*. Revista de Ciencias Penales N – 8. San José, Costa Rica. 1994, e igualmente del mismo autor el artículo “Policía y Democracia”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales. San José, Costa Rica. N- 4-Junio de 1991. Igualmente, sobre los problemas de los cuerpos policiales de prevención o fuerza pública, véase ARROYO GUTIERREZ, Bases para una Legislación Policial en Costa. En “*Revista de la Asociación de Ciencias Penales N- 5*”. Marzo – junio 1992, p. 19 A 22

lo que hace a su cara visible al momento de un operativo o de la detención de una persona, es poco conocida en su regulación legal, en el marco de actuación que lo rige, y en el uso de las potestades que tiene. Muchas de sus actuaciones permanecen en el limbo de lo discrecional o arbitrario. A su vez, pocas veces los órganos policiales se ven sometidos al escrutinio público, o al control, ni aun los policías mismos aceptan de buena manera ese control, tal y como ocurre con la llamada dirección funcional del Ministerio Público⁸.

Respecto de los modelos de policía se distingue según que estos sean democráticos o autoritarios, no sólo desde del punto de vista técnico de organización, sino también desde la perspectiva de la estrategia político - criminal en cuanto a la concepción que esos cuerpos tengan del sistema de garantías. Un autor, que se ocupa de estos temas, señala: *“Es posible distinguir una primera concepción que visualiza a la función policial como destinada básicamente a la lucha contra la criminalidad y consiguientemente a la policía como una agencia estatal destinada en forma preponderante a la ejecución de las normas penales. Por otro lado, existe una concepción que pretende dar un sentido más amplio al papel policial, entendiendo a la policía como una agencia estatal encargada de la solución de una gama más amplia de conflictos sociales, que básicamente se caracteriza por cau-*

⁸ Sobre la dirección funcional y los problemas que ocurren en la práctica judicial entre el Ministerio Público y la Policía Judicial se ha dicho al respecto: *“Vimos que los fiscales critican la rebeldía por parte de los oficiales del OIJ en aceptar la Dirección Funcional, de ello dan cuenta 13 fiscales que representan un 13:5% de la muestra del Ministerio Público. Este punto nos hace pensar en la deficiente comunicación que se está verificando entre policías u fiscales, toda vez que la contraparte policial crítica a los fiscales por su inercia en el rol de director de la investigación y la falta de capacidad para el trabajo en equipo, de lo cual te tenemos que 24 oficiales de la muestra total de 116, sostienen tal posición y representan una quinta parte de la muestra de oficiales (20. &%)”*. En este sentido cfr.: ROBLETO GUTIERREZ, José Jaime y otro. *Relaciones entre el Ministerio Público y la Policía Judicial durante la Investigación. Consideraciones Prácticas sobre la Dirección Funcional*. Tesis de Grado para optar por la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 2001. p. 370

*sar perturbación a la ciudadanía y que no necesariamente corresponden a lo que se conoce como una infracción penal”*⁹. Según se privilegie uno u otro enfoque, el modo de concebir la función policial es diverso. La visión policial, según la cual se debe únicamente aplicar los instrumentos penales, puede dar lugar a que el arresto y la detención sean las respuestas preponderantes ante situaciones como la vagancia, la mendicidad, o la ebriedad.

Igualmente, la interpretación del concepto de delito, puede justificar la intervención punitiva de la policía, lo que puede originar que se intervenga en ámbitos no necesariamente penales, como podrían ser problemas sociales, y que se rotulan con ese nombre para poder intervenir y justificar la acción policial.

Respecto de los elementos considerados para la detención de las personas, ello tiene estrecha relación con el modelo policial que se instaure en una sociedad. El concepto de orden público, buenas costumbres, la actuación en el caso concreto por el oficial policial y la idea que se tenga del rol de la policía, son siempre cuestiones que inciden en la detención de una persona, y por consiguiente, de su manejo depende el ingreso de una persona a la sede de lo penal. En el caso de Costa Rica, y aun de los otros países latinoamericanos, los sectores policiales, especialmente aquéllos que tienen en sus manos funciones de prevención, pueden verse tentados – y de hecho ya algunos sectores políticos han hablado de una “política de cero tolerancia”, o de a lucha sin cuartel contra el crimen - a expandir su esfera de acción más allá del hecho del hecho típico. Sin embargo, ese tipo de cruzadas potencian que la batería en el “combate” del crimen se dirija especialmente a los sectores más carenciados de la sociedad, y estimen a las clases

⁹ Véase al respecto: DUCE, Mauricio y GONZÁLEZ, Felipe. *Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización*. En *Policía y Sociedad Democrática*. Pena y Estado N 3. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L. 1998. p 56- 57

pobres como el terreno natural del crimen. Así, el contenido de teorías como la llamada de “la ventana rota”, o bien la asunción posiciones bajo frases como “quien roba un huevo roba una vaca”, pueden propiciar una lucha contra la pequeña criminalidad y dar de ese modo, permiso sin restricción a las fuerzas del orden para reprimir a los mendigos, vendedores ambulantes, etc., y en general a los más pobres¹⁰.

En otro orden de ideas, queremos poner en evidencia, y para esto creemos que no es necesario acudir a ningún estudio empírico, siendo casi un hecho notorio, que la mayoría de los procesos penales inician en la sede policial, y es en esta instancia en que se recopilan las evidencias relevantes para el proceso y aun para la sentencia. Si se quiere la labor policial condiciona – esto en el buen sentido – la función del juez, pues a este le llega el caso ya con la prueba identificada como sucede con los testigos y ya evacuadas las actas, las inspecciones, la recolección de evidencias. Pocas veces el fiscal investiga de oficio, la mayoría de las veces lo hace luego de que se le traslada el sumario policial o el hecho ha sido denunciado a ese nivel. De ahí la importancia de esta fase policial y que justifica controlar el cumplimiento de las garantías procesales, y especialmente, considerando los alcances que proyecta la prueba recogida por la policía en las posteriores fases del proceso.

10 En este sentido cfr. WANQUANT, Loic. *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid. Editorial Alianza. 2000. En este libro sobre los peligros de asumir ese tipo de ideas rificándose a la ideas del Manhattan Institute se dice: “Su idea principal es que “el carácter sagrado de los espacios públicos es indispensable para la vida urbana y, a contrario que el desorden en que se complacen las clases pobres es el terreno natural del crimen... Sigue siendo el Manhattan Institute el que a continuación vulgariza la teoría llamada de la “ventana rota” formulada en 1982 por Q. Wilson (pope de la criminología conservadora de los Estados Unidos) y George Kelling, en un artículo publicado en la Revista Atlantic Monthly: adaptación del dicho popular qui vole un oeuf, vole un boeuf (quien roba un huevo roba una vaca), esta presunta teoría sostiene que si se lucha paso a paso contra los pequeños desordenes cotidianos, se logra retroceder las grandes patologías criminales”.

V. EL MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y LA ENTREVISTA POLICIAL

Sabemos que el Organismo de Investigación Judicial nace como una necesidad de contar en el país con un cuerpo especializado y capacitado en el área de la investigación científica de los delitos y para evitar algunos excesos que se habían cometido especialmente con la antigua Dirección de Investigación Criminales (DIC) A su vez nace como un auxiliar de los Tribunales Penales y del Ministerio Público. Dos leyes son las que dan sustento normativo al Organismo de Investigación Judicial: la primera es la Ley 5229 del 12 de diciembre de 1973 y que crea ese organismo como una dependencia del Poder Judicial, y una segunda Ley N- 5524 del 7 de mayo de 1974 que suministra la estructura de ese cuerpo. Esas normas regulan una policía que debe ser científica en el esclarecimiento de los delitos; es decir, debiendo usar las herramientas propias de las ciencias con ese fin.

Realizado esta breve incursión en los orígenes de ese ente, debemos decir que, la *praxis* enseña que muchas veces el investigador no acude a las ciencias o ha la técnica, sino que fundamentalmente observa en la entrevista, sea del sospechoso o de testigos, la fuente básica para el esclarecimiento del caso. Planteamos que ello obedece a la existencia de una formación en el investigador que busca lograr el ideal del reo confeso, e igualmente consideramos que puede estar contribuyendo a esa situación, algunas ideas que se contienen – por ejemplo- en el Manual de Procedimientos de Investigación Criminal. Este Manual privilegia de modo desmesurado el uso de la entrevista en la investigación de los delitos como una herramienta de primer orden, dándole una importancia excesiva por encima de otros medios de investigación. En este sentido indica ese instrumento: “Para cualquier caso que se investigue, la entrevista es la técnica más importante de una investigación, por lo cual debe hacerse de manera seria y profesional. En los casos no resueltos muchas

veces se debe a que se hicieron malas entrevistas... La entrevista es la herramienta básica del investigador, ya que es la clave para la resolución del noventa y nueve por ciento de todos los casos si se llevó a cabo formulando preguntas inteligentes y cuidadosamente” (cfr. Organismo de Investigación Judicial. *Manual de Procedimientos de Investigación Criminal*. 1997, p. 67).

Consideramos que, sí bien el citado Manual no indica que deba usarse la entrevista en el caso del imputado, sí utiliza el concepto de sospechoso, cuando señala que uno de los fines de la entrevista es *“Eliminar inocentes que se encontraban como sospechosos”*, o bien *“tener información sobre antisociales que estén en actividad”*, lo que permite no sólo la utilización de conceptos abiertos y cuyo contenido depende de la fijación que en cada caso concreto se haga subjetivamente por el encargado de la pesquisa. ¿ Quién es, o cómo se define la condición de sospechoso? O bien, ¿ Quién califica a un sujeto como antisocial y cuáles conductas son antisociales?. Estimo y soy del criterio que no conviene el uso de ese tipo de terminologías, en cuanto dan amplios márgenes de interpretación, pudiendo trasladar la acción policial a los que no tienen trabajo, a los que ejecutan labores de “camaroneo”, en fin, a los más pobres, o bien potenciar la acción policial en los sectores marginales. Sabemos últimos tienen más posibilidades de etiquetarse bajo esos conceptos que las clases altas, lo que eventualmente lleva a reprimir la delincuencia de los pobres o a las actividades por ellos desempeñadas. Estamos así a un paso de lo que antes señalamos *supra*, en el sentido de posibilitar una política de “tolerancia cero”, de la “ventana rota”, o en su caso de perseguir especialmente la delincuencia común y no aquella de cuello blanco.

VI. LA DEFENSA TÉCNICA Y LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, se ha pronunciado respecto de la defensa técnica en un voto relativamente reciente de las

15: 24 horas del 23 de febrero de 1999, y ha destacado la importancia de la defensa técnica, al indicarse: *“... el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho de hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa ... la defensa técnica efectiva es un elemento integrante del debido proceso...”*. Es decir, que la defensa es un derecho que debe ser reconocido no sólo en la norma sino en la realidad, y que, en consonancia con lo que ya había manifestado Ferrajoli, ya también la Sala Constitucional lo reconoce expresamente. Con respecto al interrogatorio, y a la declaración ahí obtenida se ha indicado lo siguiente: *“El problema constitucional planteado consiste en que el accionante considera que su detención es ilegítima al fundarse el auto de procesamiento en declaraciones tuyas rendidas ante la Policía Administrativa en la etapa de investigación. De estudio del procesamiento dictado contra el imputado se desprende que el juzgador en forma expresa consignó que las declaraciones que los imputados rindieron ante la policía, sirvieron para las investigaciones correspondientes, pero que estas no son un medio de prueba. Efectivamente, para que la declaración del imputado pueda ser tomada en cuenta dentro del proceso penal se requiere que esta se produzca ante autoridad competente y con todas las garantías consagradas tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales y en la ley”* (Sala Constitucional Voto 549- 91 de las 16: 08 horas del 13 de marzo de 1991). Este voto evidencia que, pese a la prohibición de recibir declaración al imputado sin las formalidades legales, es – por desgracia – una práctica usada desde hace tiempo y cuyo reflejo es la existencia de votos de la Sala Constitucional en ese sentido desde 1991, recién creada esa jurisdicción.

Más recientemente la jurisdicción constitucional ha indicado que es obligación de las autoridades de policía señalarle al detenido

“... en lenguaje simple y accesible las razones fácticas de su privación de libertad, le muestre la orden emitida en su contra – si la hay – así como que tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a designar un abogado de su confianza y a solicitar su presencia, así como a comunicarse telefónicamente con su familia con el fin de informar sobre su detención y que le ayuden a localizar a su abogado de ser necesario. Está claro para esta Sala que corresponde al Ministerio Público realizar la intimación de cargos al imputado, así como informarle con detalle todos los derechos con que cuenta (artículo 82 del Código Procesal Penal), pero ello no enerva la obligación contemplada en la ley de que las autoridades de policía impongan al detenido de ciertas prevenciones e información de gran importancia para el ejercicio pleno de su derecho de defensa y el respeto a su integridad física”. (Sala Constitucional Voto 2648 – 2001 de 14:48 horas del 4 de abril del 2001).

Vemos que la jurisdicción constitucional protege al detenido en sede policial, en cuanto se establece por jurisprudencia la necesidad de suministrarle al imputado los mecanismos propios para garantizarle su defensa y la necesidad de contar con abogado en esa etapa. Sin embargo, existen mecanismos como el *testigo sospechoso* - y que según veremos *infra* – pueden llegar a enervar el reconocimiento de la garantía.

VII. LA DEFENSA TECNICA Y LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN SEDE POLICIAL.

La importancia de las garantías no es únicamente su consagración a nivel del derecho positivo sino su aplicación y reconocimiento en la práctica cotidiana. Como bien lo puntualiza Ferrajoli, “... poco importa que en el proceso penal el interrogatorio judicial esté limitado por las mil garantías de defensa si después no siempre se admite... la intervención del defensor desde el primer contacto con el sospechoso con la policía o con la

acusación pública. Poco importa, finalmente, que la Constitución garantice, como principio el *habeas corpus* y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policiales se practican ilegalmente, o si, incluso, la propia ley confiere amplios poderes discrecionales para restringir la libertad”¹¹. En esta materia de garantías, puede decirse que en ningún lugar es tan dramática ni cobra tanta vigencia esa distinción entre el deber ser de la norma y el ser de la realidad, como lo es en sede policial.

En doctrina se ha discutido el punto de la conveniencia o no de recibirle declaración al imputado ante la policía. Lo anterior considerando las condiciones en que se pueda rendir esa declaración, y que eventualmente lesionen el debido proceso, siendo en algunas ocasiones fuente de prueba de dudosa confiabilidad. Así en política procesal se han propuesto varias opciones:

Primera. Prohibir a la policía recibir declaración al imputado. Entre los que la proponen se encuentra Zafaronni quien indica: “Establecer legislativamente la prohibición de consignar en las declaraciones administrativas o policiales cualquier manifestación autoinculpatoria de la persona presuntamente imputada... consignar que confesión únicamente la rendida ante el Juez y en presencia del abogado”¹²”. A esta opción se le formulan varias reservas:

- ✓ No tendría efecto práctico porque la policía seguiría interrogando como “sospechoso” sin sujetarse a las formalidades que garanticen la defensa material.
- ✓ Pueden perderse evidencias materiales importantes que podrían ser proporcionadas voluntariamente por el acusado, aun-

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, Op. Cit. P. 763.

¹² Véase: ZAFARONNI, Eugenio. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. I.I.D.H. Argentina. Depalma. 1986. P. 140

que le perjudiquen, pues muchas veces el acusado desea confesar a las autoridades.

- ✓ Se podría vulnerar el derecho de defensa material.
- ✓ No tiene sentido reconocer el derecho de defensa solo a partir de la etapa estrictamente judicial.

Segunda: Autorizar a la policía judicial para que reciba declaración al imputado siempre que este lo pida. Se le objeta a esta posición que dadas las condiciones en que se realiza la detención policial y los poderes de los agentes de investigación, se consignará que la declaración fue recibida a petición del detenido.

Tercera. Propone que se permita a la policía recibirle las manifestaciones al detenido, pero que solo se deje constando lo que favorezca a la defensa, omitiendo todo aquello que pueda autoincrimarlo. Se le objeta que:

- ✓ En la práctica resulta difícil determinar cuando una declaración o una parte es contraria a los intereses del acusado.
- ✓ En la práctica se trata de una apreciación de muy difícil definición como cuando se alega la legítima defensa.

En el caso concreto de Costa Rica, respecto de la declaración del imputado en sede policial y la vigencia de los derechos de defensa a ese nivel, el Código Procesal de 1996 contiene una innovación importante con respecto al Código de Procedimientos Penales de 1973. En Costa Rica, ha sido el profesor Gilbert Armijo Sancho, quien sobre este punto se ha ocupado de señalarle algunas incogruencias al sistema procesal (cfr. *infra* cita 13).

Con el sistema de enjuiciamiento de 1973, existían dos normas que hacían referencia a la declaración del imputado en sede policial. La primera de ellas, se contenía en el artículo 164 inciso 8- el Código de Procedimientos Penales de 1973, norma que indicaba la letra indicaba lo siguiente: “*Los oficiales de la Po-*

licía Judicial tendrán las siguientes atribuciones. Inciso 8. Recibir declaraciones al imputado en la forma y con las garantías que establecen los artículos 189 y siguientes, pudiendo asistir al acto el defensor de confianza elegido”. La otra norma que hacía referencia a la declaración del imputado ante la Policía Judicial era el artículo 4 inciso 8 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, al indicar: “*El Organismo tendrá, entre otras que legalmente le sean señaladas, las siguientes atribuciones: Inciso 8. Recibir declaración al imputado, en la forma y con las garantías que establece la ley*”.

Vemos que la legislación procesal anterior autorizaba la declaración indagatoria del imputado en sede policial, estableciéndose que debían eso sí cumplirse con las garantías legales, es decir mediando el nombramiento de defensor y bajo las prevenciones de ley, tales como la de abstenerse de declarar. En la *praxis* judicial sabemos que esas normas eran letra muerta, siendo que se daban las condiciones para que existieran multiplicidad de factores para lograr la confesión o el suministro de pruebas sin que esa garantía se cumpliera.

De otra parte, la misma Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, establecía como otra de sus atribuciones el interrogatorio a todas las personas que pudieran aportar datos de interés a la investigación, (art. 8 inciso 9 de esa Ley), dejando un enorme portillo para la apreciación discrecional del investigador, lo que también era acuerpado por el mismo Código de Procedimientos Penales al crear la figura del llamado testigo sin juramento, condición que era adquirida cuando el testigo “... *desde el primer momento de la investigación aparezca como sospechoso*”. (art. 234 C.P. P., de 1973). De modo que normativamente existían muchas posibilidades de hacer nugatorio el ejercicio de la defensa en esa etapa policial.

Así lo puntualiza el profesor Armijo: “... *uno de los problemas más difíciles que presenta la vivencia práctica del proceso penal costa-*

rricense... es el de la entrevista del imputado en sede policial y cómo controlarla para que no se realice mediante medios coactivos físicos o psicológicos o con la utilización de medios artificiales o científicos, que de algún modo supriman la conciencia de quien preste la declaración, como puede ser la hipnosis, drogas o cualquier otro procedimiento similar, empleados con la finalidad de hacerlo confesar”¹³.

No vamos a hacer referencia en detalle a los mecanismos expresos o tácitos, o bien a las prácticas policiales que – pese a la exigencia del Código de Procedimientos Penales según la cual al imputado se le debía garantizar la defensa en esta etapa policial – mediante los que se podía lograr la confesión¹⁴, pero si insistir en que el sistema de algún modo permitía que ello ocurriera porque las normas no eran lo suficientemente claras al respecto, lo que permitía la interpretación del oficial investigador. Por otra parte, el Organismo de Investigación Judicial no tenía un control efectivo por parte del Ministerio Público, y en la práctica, a pesar de que legalmente se establecía como un órgano auxiliar de la Fiscalía, la situación práctica era la inversa: el fiscal a veces era un auxiliar del policía.

Sin embargo, con el Código Procesal Penal de 1996, la situación pese a que trató de mejorarse en cuanto a darle mayor vigencia al

derecho de defensa en sede policial, sostenemos que las normas tampoco son lo suficientemente claras al respecto y dan un amplio margen de interpretación al oficial de investigación.

Así tenemos que la situación de la defensa en sede policial y en particular con respecto a la declaración del imputado – entendiendo por tal aquél contra quien, se dirige cualquier acto de investigación o del procedimiento, o es señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él (art. 84 C.P.P. de 1996) – no es mejor que la contenida en el anterior Código de Procedimientos Penales. Lo anterior porque partiendo de la regulación sobre el tema, tenemos lo siguiente:

Art. 98: “La policía no podrá recibirle declaración al imputado. En caso de que manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público, para que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas en la ley. Podrá entrevistarlos con fines de investigación y para constatar su identidad, cuando no esté suficientemente individualizado”.

Art. 286. “La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones: Inciso H- Entrevistar e identificar al imputado respetando las garantías establecidas en la Constitución y las leyes”.

Estas dos normas, si bien prohíben que al imputado se le reciba declaración en sede policial, - lo que ya implica una definición de política criminal importante - permiten la entrevista con fines de investigación, de modo que bien puede llegar a caer en los vicios del anterior Código de Procedimientos Penales de 1973. Existe en la regulación margen para la interpretación del investigador judicial, al permitirle fijar cuando o en qué momento hace una entrevista con

¹³ Cfr. ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y Transición al Nuevo Proceso Penal*. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. 1era Edición. 1997. P 209. En este mismo sentido Zaffaroni había indicado: “Argumentar que no hay razón alguna para presumir que los funcionarios policiales coaccionan al declarante es una ficción ridícula en cualquier país del área. En el plano jurídico, y conforme a la sana crítica, cabe responder que es de presumir que ejerzan algún género de coacción, desde que son los encargados de investigar y esclarecer los delitos, y el exceso de celo que lógicamente pueden poner en su función los inclinaría simple a ejercer cierta presión para la confesión, aun cuando sea solo con consejos. Cfr. Zaffaroni, Sistemas... 138

¹⁴ Sobre este aspecto, puede consultarse. ARMIJO SANCHO, Op. Cit., p. P. 209 a 233 especialmente. Igualmente véase. CRUZ CASTRO. *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. Ilanud. Unidad Modular VI. San José, Costa Rica. 1989.

finés de investigación, dando origen al arbitrio y la discrecionalidad.

Como habíamos visto, la polémica existe en punto a prohibir o no la declaración del imputado en sede policial, pero la realidad indica diversos modos de – pese a la prohibición que en ese sentido se establezca – de lograr obtener la confesión¹⁵.

Indica el profesor Armijo que *“El Proyecto de Código Procesal Penal que fue presentado a la Asamblea, pretendió solucionar esta situación prohibiéndole a la policía que interrogara al imputado. No obstante, esta propuesta no prosperó y fue sustituida por una fórmula bastante difusa, que le permite a la policía entrevistar al imputado con fines de investigación (art. 98 párrafo segundo, y 296 inciso h- NCPP), situación que facilitará que algunos de los vicios del CPP, que aquí criticamos puedan manifestarse también en el nuevo ordenamiento”*¹⁶.

Partiendo de esa conclusión, tenemos que aceptar como válido que la normativa indicada es permisiva y posibilita que se pueda obtener la confesión del detenido.

Uno de los modos en que se podría obtener una confesión es a través del manejo que se hace de la categoría de *sospechoso* y que ha llevado a la jurisprudencia de la Sala III Voto 1999- 1067 de las 9: 25 horas del 26 de agosto de 1999, a indicar lo siguiente: *“Es cierto que tanto la policía judicial como el Ministerio Público no deben recurrir a lo que denominan “testigo sospechoso” para lesionar los derechos constitucionales y legales de una persona sobre la cual recaen indicios de haber cometido un delito, pues basta que sobre una persona recaigan esas sospechas pa-*

ra que no pueda recibir el calificativo de “testigo” sino de indiciada de delito, con todo lo que ello implica, pues en este último supuesto deben ser informadas de todos sus derechos, en especial que pueden guardar silencio, y que si desean declarar deben ser remitidas ante el Fiscal y se debe requerir la presencia de un abogado defensor para que las asista, entre otros derechos básicos. Basta que durante la investigación se tenga alguna evidencia o alguna creencia de que una persona pueda estar involucrada en un hecho delictivo, para que exista el deber de la policía y del Ministerio Público de asignarle la categoría de “indiciada”, con todas sus implicaciones, conforme a los artículos 13, 81 y 82 del Código Procesal Penal. Las normas constitucionales y legales son claras al señalar el derecho al silencio del cual goza el imputado, según se infiere de los artículos 36 de la Constitución Política, y 82 inciso e) del Código Procesal Penal, de manera que no pueden utilizarse calificativos específicos como el de “testigo sospechoso” para lesionar esos derechos fundamentales. Estos derechos los goza la persona aun cuando con posterioridad se llegue a descartar su posible participación en el hecho delictivo, pues lo que interesa para que pueda disponer de esos derechos es que en determinado momento fuere sospechosa de haber cometido delito. Incluso, aun en el supuesto de que se tratara efectivamente de un testigo, debe resaltarse lo que señala el párrafo segundo del artículo 204, al disponer que “el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal”, menos aun si recibe el calificativo de “sospechoso”, obviamente porque de lo contrario se lesionarían sus derechos básicos antes citados. Sobre los testigos, es decir aquellos que efectivamente lo son, recaen una serie de obligaciones que no se le aplican al indiciado, en especial que está obligado a declarar cuanto sabe sobre el hecho y debe colaborar con la administración de justicia, conforme lo dispone el párrafo primero del artículo 204 citado. Tanto el Organismo de Investigación Judicial como el Ministerio Público deben evitar incurrir en

¹⁵ Sobre este aspecto, puede consultarse. ARMIJO SANCHO, *Op. Cit.*, p. P. 209 a 233 especialmente. Igualmente véase. CRUZ CASTRO. *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. Ilanud. Unidad Modular VI. San José, Costa Rica. 1989.

¹⁶ ARMIJO SANCHO, *Op. Cit.* p. 204.

esa práctica, para evitar la invalidación de sus actuaciones. Sin embargo, esas irregularidades en este asunto no causan la nulidad del fallo porque, como lo razonó ampliamente el tribunal de mérito, la declaración que se le tomó a la imputada Pacheco Bolaños (en cuanto le indicó a la policía judicial el lugar donde había cambiado las llantas al vehículo, y que la defensa acusa de ilícita) no resulta esencial a dicho efecto, pues a través de la información aportada por el testigo Jorge Mario Marín Barquero se llegó a establecer ese extremo con independencia de aquella declaración (folio 1121, línea 22 en adelante). Efectivamente, el testigo explicó que (como amigo y por sus conocimientos de abogado) él se ofreció a acompañar a la señora Pacheco a las oficinas del Organismo de Investigación Judicial, y que de camino, por iniciativa propia y en forma libre y espontánea, esta le refirió que la noche anterior el coimputado Montero Romero le pidió que botara todo lo que había en la cajuela del vehículo y que cambiara las llantas al mismo (folios 1129, línea 20 en adelante, y 1135, líneas 16 y 17). Además, señaló que -ya antes de la entrevista con la policía- ella "... le había narrado (el recorrido) que había realizado para cumplir con la solicitud..." (folio 1130, líneas 6 a 8), de donde se colige que no es cierto que Magdalena no le haya indicado el sitio preciso en el cual realizó el referido cambio de llantas. Con base en lo anterior es claro que la motivación que externaron los jueces en lo que a este punto se refiere no resulta arbitraria ni ilegal, por lo que en cuanto a ello no existe vicio alguno que sustente las pretensiones de la defensa. Adicionalmente, el tribunal explica que toda la información que derivó de la misma fue incluida en la escritura pública de folio 667 (folio 1136, línea 11 en adelante). Por último, es necesario aclarar que -contrario a la argumentación de la defensa- no es cierto que en el fallo se indique que aun suprimiendo el dicho del señor Marín Barquero se llegaría al mismo resultado a partir de las declaraciones que rindió el imputado (que la recurrente califica de "contradictorias"). En realidad, según se

desprende del fallo, los jueces se refirieron a estas declaraciones del imputado únicamente con el fin de descartar la tesis que el mismo esgrimió en juicio, donde pretendía hacer creer que el licenciado Jorge Mario Marín era su abogado defensor y que, debido a ello, podía acogerse al secreto profesional (folio 1135, línea 21 en adelante), lo que resulta diverso. Así las cosas, al no existir en el aspecto que discute la recurrente ningún vicio que afecte la legitimidad de la decisión, se declara sin lugar el reclamo".

Vemos que el ser de la realidad introduce modos a través de los que fácilmente se pueden violentar las garantías de defensa del indiciado, como lo es acudiendo al manejo irregular de la categoría de testigo sospechoso, y a quien por jurisprudencia de la Sala de Casación le asisten los derechos de defensa.

VIII. A MODO DE CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden destacar los siguientes aspectos de relevancia para la reflexión:

- ✓ Destacar que el derecho de defensa del imputado, es inalienable, irrenunciable, un derecho humano en general, de modo que deben evitarse y derogarse cualquier práctica que pueda atentar contra él.
- ✓ Juzgar como atentarias al debido proceso, cualquier práctica que quiera conculcar el derecho de defensa.
- ✓ Insistir en la necesidad de que sí bien los cuerpos policiales deben tener un margen a la discrecionalidad para operar, especialmente considerando lo cambiantes que son los modos de comisión de los delitos, y de las nuevas formas delincuenciales, el indiciado debe tener acceso real a la defensa.
- ✓ Deben modificarse el enfoque del interrogatorio o entrevista en la formación básica del investigador en el sentido de no privilegiar el interrogatorio policial como mecanismo para esclarecer los delitos. Debe

insistirse más bien en la importancia de la prueba técnica, antes que del interrogatorio. Ante una buena investigación por medio de prueba técnica, parece ser que el interrogatorio pasa a un segundo plano.

- ✓ Es necesario crear los mecanismos propios para que ese derecho de defensa en sede policial sea una realidad, ideando formas que faciliten - por ejemplo - que la defensa tenga acceso al detenido sin mayores formalismos.
- ✓ Derogar la disposición legal que permite la entrevista del imputado en sede policial tal y como estaba regulado originalmente en el proyecto de Código Procesal Penal. En el caso de que el imputado quiera declarar o bien suministrar algún elemento de descargo, se le debe nombrar defensor para ese acto, y debiendo estar presente el fiscal.
- ✓ Todo lo anterior, tiene como fin legitimar en todo caso el juicio penal, siempre en el respeto de las garantías procesales, las que aun el fiscal debe tutelar.

IX- BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTICULOS

- ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y Transición al Nuevo Proceso Penal*. Primera Edición, San José, Costa Rica. Colegio de Abogados. 1997. 388 p.
- ARROYO GUTIERREZ, José Manuel. *Bases para una Legislación Policial en Costa Rica*. En *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*. N- 5. San José, Costa Rica.
- CAFFERATA NORES, José. *La Declaración Policial del Imputado. (Alternativas de Política Procesal)*. En *Temas de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988. 309 p.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. II*. Bogotá y Buenos Aires. Editoriales Temis y Depalma. 1977. 536 p.
- CRUZ CASTRO, Fernando. *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. San José, Costa Rica. Ilanud. Ediciones Mundo Gráfico. 1989. 165 p.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *El Defensor Técnico en la Previsión Policial*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1992. 149 p.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. *El Interrogatorio en la Investigación Criminal*. Buenos Aires, Editorial Universidad. 1989. 354 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid. Editorial Trotta. 1995. 957 p.
- GOESSELL, Karl Heinz. *El Defensor en el Proceso Penal*. Bogotá. Editorial Temis. 1989. 81 p.
- GONZALEZ, Felipe y DUCE, Mauricio. *Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización*. En *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R. L. 1998. 434 p.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Barcelona. Editorial Bosch. 1985. 628 p.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, Vol. A. Buenos Aires. Editorial Hammurabi S. R. L. 1989. 467 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá. Editorial Temis. 1999. 132 p.
- REDONDO GUTIERREZ, Carlos Luis. *La Policía Judicial*. En *Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal*. San José. Ediciones Mundo Gráfico S.A. 1996. 830 p.
- ROBLETO GUTIERREZ, Jaime. *Relaciones entre el Ministerio Público y la Policía Judicial durante la Investigación. Consideraciones Prácticas sobre la Dirección Funcional*. Tesis de Grado para optar al Título en Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 370 p.
- TIJERINO PACHECO, José María. *Policía judicial: Una perspectiva Latinoamericana*. En *Revista de la Asociación de Ciencias Penales N- 8*. San José, Costa Rica.
- TIJERINO PACHECO, José María. *Policía y Democracia*. En *Revista de la Asociación de Ciencias Penales N- 4*. San José, Costa Rica.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge. *La Defensa Penal*. Buenos Aires. Rubilzal Culzoni Editores. 1989. 273 p.
- VAZQUES SOTELO, José Luis. *Presunción de Inocencia del Imputado e Intima Convicción del Tribunal*. Barcelona. Editorial Bosch. 1984. 591 p.
- WACQUANT, Loic. *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid. Editorial Alianza. 2000. 176 p.
- ZAFARONNI, Eugenio. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. I*. I.D.H. Buenos Aires. 1986.

LEYES y OTROS

- Código de Procedimientos Penales de 1973*. Ley 5377 del 19 de octubre de 1973.
- Código Procesal Penal*. Ley N- 7594, del 10 de abril de 1996.
- Ley de Creación del Organismo de Investigación Judicial*. Ley 5229, del 5 de junio de 1973.
- Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial*. Ley N- 5524 del 7 de mayo de 1974.
- Manual de Procedimientos de Investigación Criminal*. Organismo de Investigación Criminal. 1997.

JURISPRUDENCIA

- Sala Tercera de la Corte Voto 1278- 99 de las 15 horas del 14 de octubre de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Voto 1999- 1067 de las 9:25 horas del 26 de agosto de 1999.
- Sala Constitucional Voto 549- 91 de las 16:08 horas del 13 de marzo de 1991
- Sala Constitucional Voto 2648- 2001 de las 14:48 horas del 4 de abril de 2001.

La tecnología de información al servicio del Ministerio Público

Máster Fernando Ruiz E.

La era de la información comienza a moverse en el largo plazo hacia una esfera sorprendente, pero la transformación es difícil. El nuevo mundo no es una adición, es una transformación.
(The Economist, 1996)

El Proyecto de Fortalecimiento del Ministerio Público, financiado por el Convenio de Prestamo 1377/OC-CR entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, según Ley N° 8273 publicada en La Gaceta N° 98 del jueves 23 de mayo del 2002 y destinada a financiar la Segunda Etapa del Programa de Modernización de la Administración de Justicia, involucra el desarrollo tecnológico de este órgano encargado del ejercicio de la acción penal. Esto motiva a preparar el camino que recorreremos con el apoyo de la tecnología.

I. LA ERA DE LA INFORMACIÓN

Dios tomó al hombre y lo puso en el jardín del Edén para que lo cultivara y lo cuidara. Y Dios le dio al hombre un mandamiento: le dijo, “Puedes comer todo lo que quieras de los árboles del jardín, pero no comerás del árbol de la Ciencia del bien y del mal. El día que comas del él, ten la seguridad de que morirás”. Génesis 2, 15-17.

Desde el momento en que Adán y Eva decidieron llevar la contraria al Creador, el trabajo ha sido una constante para la humanidad. Por medio del él colaboramos con el mandato de “cultivar y cuidar” el único planeta en que vivimos. Ahora bien, el trabajo no es la única constante en los tiempos modernos, lo es también cambiar continuamente las formas como desarrollamos el trabajo, el modo como nos organizamos para hacerle frente a los retos de los tiempos; sin perder de vista los valores que nos transmitieron nuestros abuelos y padres.

Las formas de realizar el trabajo han venido cambiando desde los inicios de la historia, solo que la velocidad del cambio es más acelerada en el nuevo milenio. Según el futurólogo Alvin Toffler, se pueden reconocer tres grandes eras de cambio histórico: primero fue la Era de la Agricultura, en donde es relevante el dominio de la humanidad por la tierra; la Era Industrial en donde se destaca el dominio por la energía, lo que permitió incrementar la fuerza física del ser humano; y actualmente la Era de la Información en donde se busca el dominio del conocimiento. Este dominio permite incrementar la capacidad cognoscitiva del ser humano hasta llegar a convertirse en el factor más importante e imprescindible del siglo XXI, lo que algunos autores han

llamado el “Capital Intelectual”. El conocimiento y su aplicación estratégica permiten captar nuevas fuentes de información y transformarla con rapidez en nuevos productos y servicios para los usuarios internos y externos.

La era actual, la que nos interesa, se inicia en la década de los años 50 con el advenimiento de la computadora y se consolida en los 90 con la aparición de la Internet, el mejor invento del siglo XX.

Esta era se destaca principalmente por los cambios rápidos, imprevistos, turbulentos e inesperados y que afectan el normal funcionamiento de nuestras labores y vida cotidiana. La tecnología de información es el factor que está generando transformaciones impredecibles en el mundo globalizado.

El mismo Toffler nos da un aviso importante para saber que estamos cambiando de era, nos dice *“El analfabeta del mañana no será la persona incapaz de leer y escribir. El analfabeta del mañana será la persona que no haya aprendido a aprender”*. En esta era, a diferencia de la era de la agricultura cuyo trabajo era plantar y cosechar, no solo se debe reunir los datos correctos, sino también interpretarlos para crear nuevas ideas que respondan a los grandes desafíos de la sociedad. Se hace necesario desaprender mucho de lo que hemos aprendido en el pasado, porque ya esos métodos y técnicas están obsoletos, y aprender nuevas formas de resolver los problemas. Afirma Toffler: *“La vieja sociedad industrial que generó riqueza en forma de bienes de capital y de productos manufacturados, está cediendo el paso a una nueva sociedad valorada en términos de activos intangibles, tales como conocimientos y procesamiento de la información”*.

En el Ministerio Público se espera aprovechar las Tecnologías de Información para impulsar el desarrollo de modelos de gestión del caso y de cada fiscalía apoyados por la tecnología más avanzada, que permitan mejorar su des-

empeño. En este artículo y en otros que vendrán en el futuro, tocaremos temas relacionados con el uso de la TI en todas las fiscalías.

II. CULTURA TECNOLÓGICA

Las personas, poseedoras de conocimientos, habilidades y destrezas se convierten en la base principal de la nueva organización pública o privada.

El ser humano es el elemento vital en todo proceso de cambio. La tecnología es una herramienta al servicio de él, no es un fin en sí mismo, ni la humanidad está al servicio de ella. La tecnología es el instrumento por excelencia en la Era de la Información, como lo fue la máquina de vapor en la Era Industrial o el arado en la Era de la Agricultura. Por esta razón, es importante comprender que si queremos ubicarnos en esta era, debemos incursionar en el uso de la tecnología de información, comprender para qué sirve y por qué es necesario aprovechar su potencial.

La herramienta por excelencia en la nueva era lo representa la computadora de escritorio, la computadora portátil, la computadora de bolsillo que conocemos como “Palm” cuyo nombre correcto es PDA (Asistente Digital Personal, por sus siglas en inglés), las cámaras digitales, impresoras, scanners, lectores-grabadores (mal llamado quemador) de CD o DVD, etc. dispositivos que en conjunto con las comunicaciones por redes alámbricas o inalámbricas, que desde la oficina, el hogar o desde cualquier sitio, están cambiando el mundo de hoy. Esta herramienta permite desarrollar mejor sus labores habituales y en el futuro será aprovechada al máximo por medio de las telecomunicaciones de banda ancha (altas velocidad de transmisión), donde destacan los nuevos celulares de tecnología GSM.

La información cruza el planeta en milésimas de segundos por medio de la Red Internet y permite generar conocimiento que posteriormente se aplicará en alguna decisión que tomarán los seres humanos. En la era actual, las

instituciones públicas requieren de agilidad, creatividad e innovación para enfrentar las nuevas amenazas y oportunidades que se presenten.

Acabo de recibir un correo electrónico de una fuente de noticias española que informa lo siguiente: “*el año pasado en las comisarías españolas se tramitaron 7.820 denuncias sobre pornografía infantil en varios espacios de la red Internet, 773 por fraudes y 443 denuncias por violación de sistemas de seguridad realizadas por 'hackers'*. Durante el mismo período, la Dirección General de Policía abrió 1.100 investigaciones de delitos relacionados con Internet.” No podemos tapan el sol con un dedo, con el advenimiento de la tecnología de información también llegan los nuevos delitos a través de la red Internet, lo que justifica la necesidad de actualización.

Para perseguir estos nuevos delitos, debemos capacitarnos y estudiar los avances de la tecnología, la cual cambia constantemente. No es posible concebir un Ministerio Público atrasado en el uso de herramientas tecnológicas modernas y persiguiendo a criminales dotados con lo último de la tecnología; es nadar contra corriente. Por tal motivo, entremos en materia.

III. LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

Primero que todo, es necesario definir que se entiende por el término “*Tecnología de Información*”, que en adelante identificaremos con las siglas TI. Se entiende como “*aquellas herramientas y métodos empleados para recabar, retener, manipular o distribuir información. La TI se encuentra generalmente asociada con las computadoras, el software, las telecomunicaciones y las tecnologías afines utilizadas para apoyar el proceso de toma de decisiones*” (Bologna y Walsh, 1997).

Otra forma como podemos distinguir a las tecnologías de información es que integra a la Informática, ciencia ya conocida, cuyo fin es

almacenar y distribuir en forma automática y oportuna la información en las organizaciones; la Telemática (la unión de la Informática con las Telecomunicaciones), que incluye la transmisión de voz, datos y vídeo; y la Ofimática que se refiere al software para la informatización de las labores de la oficina, como el procesador de palabras, la hoja de cálculo electrónica, el correo electrónico y otros más.

De tal manera, que todo lo que se nos presente como afín a las computadoras y las comunicaciones, será considerado una tecnología de información. Principalmente porque nos permite manipular la información, entendiéndose por esto, cualquier acción que hagamos con ella utilizando medios tecnológicos. Por ejemplo, capturarla en medios magnéticos u ópticos, almacenarla, recuperarla, ordenarla, clasificarla, distribuirla por medio de una red alámbrica o inalámbrica, presentarla, aplicarle cualquiera de las operaciones aritméticas conocidas, etc. En el caso del Ministerio Público, podemos ubicar elementos de información que son de vital importancia para la gestión de las fiscalías y que ameritan su informatización. Por ejemplo, las denuncias recibidas, la distribución de los casos, las declaraciones que se toman, las notificaciones que se realizan, la acusación que se presenta al Tribunal de Juicio, la desestimación o el envío al archivo que haga el o la fiscal, etc.

Cuando no se contaba con las computadoras en el escritorio, se recurría a la máquina de escribir, ya fuera esta mecánica o eléctrica, y el medio para transportar la información era, es y por mucho tiempo seguirá siendo el papel. Pero ahora contamos con otro medio que está tomando mucha fuerza. Con el advenimiento de la tecnología el medio en que viaja la información de un lugar a otro es digital, a través de cables o de microondas. Cuando ponemos un correo electrónico de un lugar a otro, las letras, números y caracteres especiales que digitamos en la computadora, son convertidos por esta al sistema binario (lenguaje de ceros y unos que la computadora en-

tiende). Luego son transformados a impulsos eléctricos; de esta manera un cero indica que no existe electricidad y un uno indica que sí existe. Estos impulsos son los que viajan entre las distancias y luego son reconvertidos a dígitos binarios, ceros y unos, que la computadora se encarga después de presentar en la pantalla con las letras, números y caracteres habituales que todos entendemos.

Para llevar la información hasta las computadoras de cada uno de los y las fiscales o personal de apoyo del Ministerio Público, se requiere un conjunto de tecnologías de información que se deben adquirir e instalar en todas fiscalías del país. Por ejemplo, imaginemos que los y las fiscales necesitan estar comunicados entre sí y tener acceso a todas las circulares que emanan de la Fiscalía General. Para lograr eso se necesita adquirir e instalar redes de computadoras con



el cableado apropiado, computadoras de escritorio, conmutadores de datos, fibras ópticas, servidores de red, de aplicaciones y de bases de datos, lenguajes de computación para el desarrollo de las aplicaciones que nos permitirán ver las denuncias recibidas, impresoras, licencias del programa de correo electrónico, software de base para los servidores, conocidos estos como los sistemas operativos y muchas otras piezas de hardware (partes mecánicas, eléctricas, electrónicas, ópticas y magnéticas de las computadoras) y software (programas de computación).

Esto es Tecnología de Información al servicio de las fiscalías del Ministerio Público en todo el país.

3.1 Internet

La Internet, la red mundial de computadoras, es un fenómeno que ha producido un indubitable impacto en todo el mundo y

paulatinamente afecta a todas las disciplinas de la ciencia y las artes. Esta red ha acelerado notablemente los cambios, principalmente en los campos educativo y comercial, mientras que en el Derecho parece no haber cambiado en nada su lento proceso de formación. Cobra entonces importancia muy relevante el papel de los y las fiscales, quienes muchas veces deben enfrentarse a novedosos delitos, con reglas generales "antiguas", que no han llegado a prever.

La tecnología de Internet no se detiene, está en constante evolución. El ICE impulsa desde hace dos años el proyecto de la Red



Internet Avanzada, conocido por sus siglas como RIA. ¿Qué es esto? Responderemos de la siguiente manera, ¿a quién le gusta acceder a Internet por medio de la conexión telefónica? Aquellos que no conocen de esto, tal vez no sienten la diferencia, pero no es lo mismo conectarse por medio del teléfono de la casa, que por medio del cable donde también recibimos la señal de televisión privada. Las velocidades de transmisión son mucho mayores por este último medio. El tiempo de respuesta que recibimos en nuestra computadora es diferente en este último medio y quien lo siente, no querrá cambiarlo. Ahora bien, los precios mensuales de esta conexión hacen que la misma no sea accesible para todos. Por medio del proyecto RIA se espera que en todos los hogares se tenga acceso a Internet y disfrutar de las altas velocidades (banda ancha) a precios parecidos a los que se paga actualmente por una conexión de teléfono residencial.

No cabe duda, que este proyecto impulsará el desarrollo tecnológico del país de manera acelerada. Ahora bien, el Ministerio Público a través del Proyecto de Fortalecimiento con el Programa PJ-BID, está pensando en cómo aprovechar esta tecnología para beneficiar a las fiscalías y cuenta con el apoyo de las altas autoridades del Poder Judicial para aprovechar todo este potencial.

En un futuro cercano, veremos también como se podría aprovechar la tecnología GSM que acaba de implantar el Instituto Costarricense de Electricidad para los teléfonos celulares. Con esta tecnología, es posible conectarse a Internet desde su teléfono celular así como recibir mensajes y correos electrónicos. Si esto es factible, podríamos enviar y recibir comunicaciones a y desde los teléfonos celulares de los y las fiscales con el fin de apoyarlos en los casos que tienen bajo su cargo.

4. CONCLUSIÓN

En la actualidad la TI es un elemento de vital importancia económica y social. Las organizaciones de hoy difícilmente lograrán subsis-

tir sin un manejo adecuado de sus datos y de su información, en el cual hay un marcado interés por parte de los órganos superiores en invertir para mejorar la gestión.

Existen diversas formas de introducir la TI en las instituciones, la mejor es con base en la Planificación Estratégica, la que vislumbra en el largo plazo el horizonte por alcanzar y obtiene el compromiso de todos para trabajar en conseguirlo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bologna, J. y Walsh, A. M. (1997). *The Accountant's Handbook of Information Technology*, John Wiley and Sons.
<http://www.icetel.ice.go.cr/esp/proyectos/proyectos.html>
- Escorsa, P. y Maspons R. (2001). *De la Vigilancia Tecnológica a la Inteligencia Competitiva*, Prentice Hall.
<http://www.diarioTI.com>
- Ribeiro L. (2001). *Generar Beneficios*, serie Gestión del Conocimiento, Empresa Activa.
- Lecciones aprendidas en los proyectos de la Unidad Ejecutora del Programa de Modernización de la Administración de Justicia PJ-BID, primera etapa.

Una pincelada sobre los recursos en la legislación costarricense. En particular sobre el recurso de casación

Lic. Miguel Angel García M.

CAPÍTULO 1. LOS RECURSOS

A) ¿Qué es un recurso?

Los recursos son medios o instrumentos que la ley (Pactos internacionales y la misma Constitución) conceden a las partes, u a otros, para que procedan a *atacar o impugnar las resoluciones que les perjudican o causan agravio; con la finalidad de que las mismas sean revisadas por el mismo tribunal que las dicto, o por el superior; todo esto con miras a evitar que dichas resoluciones adquieran firmeza y por ende eficacia* (antes de ser revisadas por el superior o de agotarse las instancias de control); *o bien para hacer cesar los efectos de la misma* (en los casos de excepción, taxativos, en que la interposición de la impugnación no tiene efectos suspensivos). Todo esto en las hipótesis en que *se estima que la resolución, que causa el gravamen, se encuentra viciada, o es defectuosa* (se procedió a dictar quebrantando la ley de rito, sustancial, la constitución, o el debido proceso en general, cuyo cumplimiento es presupuesto fáctico de la eficacia misma de la resolu-

ción); existiendo un interés procesal en subsanar del mismo.

Existe recurso de revocatoria, de apelación y el de casación.

B) El agravio o el perjuicio es la medida del recurso

Debe tenerse en cuenta que: no cabe revisarse el yerro o defecto (aunque exista) si no existe interés o perjuicio. Lo que legitima a un sujeto a la interposición del recurso es el agravio; es susceptible de ser recurrida toda resolución judicial que cause un agravio o perjuicio.

El Libro III, “Recursos” del Código Procesal Penal, Título I, “Normas Generales”, dispone: Artículo 422: “*Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.*”

Es decir, el medio (la forma o manera de atacar, o impugnar una resolución), debe estar previsto en la ley, a esto se le llama *principio de taxatividad objetiva*, por ejemplo: A) *Recurso de revocatoria, procede contra aquellas providencias que resuelvan sin sustanciación*

un trámite del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que la dictó examine nuevamente la cuestión, art. 434); sea el recurso de revocatoria solo cabe contra de los autos (providencias), no contra las sentencias, versan sobre el procedimiento (se reitera que no son resoluciones finales, o que ponen fin al proceso, o impiden que este continúe), *en las que el Tribunal o el Juez que las dicta, lo hace sin haber dado audiencia (haber oído) el parecer de las partes (sin sustanciación) sobre lo que resuelve*. (El punto tiene relevancia dado que en virtud de ello, por ejemplo, no cabe recurso de revocatoria en contra de lo resuelto por la Sala Tercera en un recurso de Casación o Revisión, puesto que las partes fueron escuchadas; o bien no cabe revocatoria de la resolución del Tribunal o del Juez que resuelve una revocatoria, etc.). En el transcurso del debate, o cualquier audiencia oral, debe interponerse de inmediato, sino debe presentarse por escrito y dentro de los tres días siguientes, el escrito debe ser fundado, concediéndose la audiencia respectiva a las partes (arts. 435 y 436); la resolución respectiva será ejecutoriada, salvo que el recurso de revocatoria contenga un recurso de apelación subsidiaria. B) *Recurso de apelación*. Produce la revisión de la resolución por el superior (Ad Quem). El mismo sólo cabe contra las *resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio y de la fase intermedia*, siempre que: “...la ley establezca la posibilidad de acceder a dicho recurso, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción, o imposibilitan que esta continúe...” (art. 437), como puede verse, según el *principio de taxatividad objetiva* de los recursos, solo cabe el recurso de apelación en contra de las resoluciones judiciales de *juez de fase preparatoria e intermedia que la ley declara como susceptibles de ser apeladas*, pero también cabe el recurso de apelación en las hipótesis en que la resolución *causa un gravamen irreparable* y, por último, puede apelarse *cualquier resolución que ponga fin al proceso, o que impida que este continuara*. Claramente se establece que resoluciones son apelables en los artícu-

los: 129 (medidas disciplinarias o multas impuestas por juez de fase intermedia o preparatoria), 256 (medidas cautelares), 315 (sobreseimiento dictado por juez de fase preparatoria o intermedia), 407 (sentencia en contravenciones) y 454 (ejecución de la pena). Aunque la ley no establezca expresamente la posibilidad de apelar cierta resolución, se afirma que cabe el recurso de la misma si causa gravamen irreparable *¿qué es un gravamen irreparable? Un gravamen es un perjuicio, un daño, es decir la resolución crea una situación (gravosa, desventajosa), de tal entidad, que no podrá ser reparada con posterioridad* (Voto: 745-f-98, del Tribunal de Casación Penal); la Sala Constitucional, en el Voto: 6052-98, dispuso: “...En opinión de la Sala el “gravamen irreparable”, o perjuicio y agravio que también suelen utilizarse como sinónimos por la doctrina del Derecho Procesal- a que alude aquella norma, se dirige a todas las partes del proceso. *El término agravio no puede ser interpretado en sentido estricto*, todo lo contrario, el numeral 2 del Código Procesal vigente señala que los jueces deberán interpretar restrictivamente las disposiciones legales que limiten el ejercicio del derecho de recurrir obligando así a los operadores jurídicos a potenciar la facultad de los sujetos procesales de solicitar la revisión de lo resuelto a través de los recursos, siempre y cuando haya un agravio...”. *Es decir que la resolución provoque un cambio en la situación procesal de una de las partes, que le produzca un perjuicio*. De ahí que, concluye la Sala en el último voto citado, es claro que “...la libertad del encausado puede afectar el desarrollo de la investigación, el orden jurídico, y el avance mismo del proceso, al no ser posible en nuestro medio el juzgamiento en rebeldía, existe un claro interés procesal del Ministerio Fiscal en solicitar, a través de los recursos, la revisión de una resolución que incide directamente sobre el encausado...”, por lo que aunque el artículo 256 no establezca la posible apelación por parte del Ministerio Público de la resolución (del juez de fase preparatoria o intermedia) que acuerda el ce-

sar de la medida cautelar de la prisión preventiva, la misma es apelable. También, se ha afirmado por parte de la doctrina, que no es necesario que el grave daño sea de imposible reparación, basta que la misma sea difícil (un ejemplo claro, de pensarse, sería el dictado del sobreseimiento provisional por parte del juez de fase intermedia, al resolver sobre la solicitud de apertura a juicio, la ley no acuerda expresamente la existencia del recurso de apelación en contra de la misma, si por ejemplo se dispone que se debe conseguir una prueba que depende de la voluntad del imputado el ubicarla¹⁸; tradicionalmente se ha procedido a rechazar por los Tribunales este tipo de recurso, declarándolos inadmisibles, no obstante, pensamos, que tal costumbre puede y debe variar, incluso puede pensarse que dichas resoluciones impiden que el procedimiento continúe, o producen un cambio en la situación jurídica. Por último es interesante, por novedoso e innovador, el que se dispone que “...tiene recurso de apelación toda resolución del tribunal de fase preparatoria o intermedia que ponga fin al proceso, o impida que el mismo continúe...” (con anterioridad el recurso de casación se concedía en dichas hipótesis, más no en la actualidad), por ej: el rechazo de la querrela. Llama la atención y debe reiterarse que *contra las resoluciones del Tribunal de Juicio, que pongan fin al proceso, o que impidan que la causa continúe, no se dispone en la ley expresamente, recurso de apelación, tampoco de casación* (se parte de la idea de que el Tribunal de sentencia sólo concluirá el asunto con el fallo, que no existe otra posibilidad para que ponga fin al proceso o impedir que este continúe, pero la realidad es otra, existen resoluciones del Tribunal de Juicio o sentencia, diversas al fallo, que pueden causar un gravamen irreparable o de difícil reparación, o que impidan que el proceso

continúe, por ejemplo: luego de admitida la conversión de la acción pública en privada, recibida la querrela por el Tribunal y luego de la audiencia preliminar, se rechaza la misma antes del juicio, alegando que la conversión autorizada por el Ministerio Público no es lícita; es claro que en estas hipótesis o tipos de resoluciones debe plantearse, de ser posible, la revocatoria, o incluso casación). C) *Recurso de Casación: “Resoluciones recurribles”*. “Además de los casos especiales previstos (arts. 376 y 399 in fine), sólo se podrá interponer el recurso de casación contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio”.

En realidad, consideramos, lo básico para el cumplimiento de los requisitos objetivos de admisibilidad de los recursos, no es que el mismo se encuentre legalmente dispuesto en contra de una determinada resolución, sino que la resolución cause, objetivamente, un agravio, un perjuicio, un cambio en la situación jurídica. (El principio de taxatividad objetiva ha variado históricamente, ya no es necesario absolutamente el que el recurso se dirija a impugnar las resoluciones taxativamente dispuestas por ley, sino que el mismo se concede en contra toda resolución que causa un agravio).

El interés procesal de recurrir, la existencia de un agravio (la existencia de un perjuicio), es la medida del recurso. (Todo recurso se interpone en virtud de que la resolución quebranta la ley procesal o sustancial; pero no es suficiente el quebranto a la ley (o alegar el mismo) para decretar la ineficacia del acto, es necesario que se produzca un perjuicio y exista un interés procesal (objetivo) de que, mediante el recurso respectivo, al revisarse la resolución, se proceda a enmendar el mismo y evitar así el gravamen. Por ejemplo, que interés puede haber en presentar un recurso de casación para que se fundamente la pena, conforme lo dispone la ley, si se le impuso al acusado la pena mínima; que interés procesal hay de casar el sobreseimiento dictado por la duda, alegando que se debe dictar el sobre-

¹⁸ No obstante que la resolución crea o modifica la situación jurídica, sin posibilidad de volver a discutir el punto, si la prueba faltante no se consigue, o no logra modificar “la duda” por la que supuestamente se dicto, vencido el término debe dictarse el sobreseimiento definitivo (es lo mismo que la pro-rroga extraordinaria del Código anterior).

seimiento por que existe certeza de que el imputado es inocente (o por ejemplo que interés existe en determinar la existencia de una falta de correlación entre acusación y sentencia cuando en la primera se afirma que el imputado metió la mano por entre la licra de la menor y la tocó en su vulva, en tanto en la sentencia se afirma que tocó su vulva por sobre la ropa y, en todo caso, fue calificado como abusivo el acto por el Tribunal Voto: 855-2002 de la Sala Tercera). O bien que interés hay en determinar mediante que prueba se tuvo por acreditado que el indiciado era el que conducía el auto, si la determinación de esa circunstancia no tiene relevancia, puesto que se estableció que todos fueron detenidos dentro del automotor y en el mismo andaban despojando de sus bienes a los transeuntes, etc.). La jurisprudencia de casación, es múltiple y reiterada sobre la importancia del agravio. El numeral 424 del Código Procesal Penal establece: “Agravio”. *Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les cause agravio...El recurso deberá sustentarse en el reproche de los defectos que causan afectación...*”.

Ni siquiera es necesario que el recurrente, en sentido procesal, sea parte del proceso, (demandado civil, encartado, querellante, o Ministerio Público), el *principio de taxatividad subjetiva* de los recursos, por el que establece que solo puede recurrir (esta legitimado) aquel al que la ley le otorga esa posibilidad (art. 422: “*El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.*”), *no es absoluto, basta que el impugnante ostente un interés jurídico actual (pues la firmeza de la resolución le afectaría en sus derechos)*, puesto que el *principio de taxatividad subjetiva debe ceder en aras de que se tutele la garantía constitucional de acceso a la justicia* que establece el numeral 41 de la Carta Magna, de ahí que acertadamente la Sala Tercera, ha estimado desde hace bastante tiempo y en forma reiterada: “...el recurso de personas que

no son sujetos del proceso cuando “le asiste el debido interés impugnatorio”, definido por la afectación producida por la sentencia a la relación jurídica con las cosas o bienes secuestrados...El principio sentado en aquella oportunidad obedece a razones de justicia, dado que no es posible privar a una persona de sus bienes, denegándole la oportunidad de ser oída y de defender sus derechos por el prurito de la taxatividad objetiva y subjetiva del recurso...” (Voto: 63-94 y 378-90, entre otros).

El interés procesal, la existencia de un agravio que es producido por la resolución (en caso de estar firme o de quedar firme), una afectación a los derechos del impugnante (al debido proceso) que produce un perjuicio, es lo que se requiere para estar legitimado para impugnar la resolución (derecho de recurrir) y puede ser recurrida toda resolución que cause o produzca una afectación o perjuicio (art. 41 de la Constitución Política). *El principio de taxatividad objetiva de los recursos, o el principio de taxatividad subjetiva, se reitera, son relativos; ceden ante la existencia de un agravio, lo que faculta o legitima a una persona a recurrir es el que la resolución le perjudica o afecta en sus derechos (objetivamente) y la resolución es recurrible cuando produzca un perjuicio (objetivamente), una afectación a los derechos (un cambio en la situación jurídica preexistente) de difícil o imposible reparación (o modificación). (Todo esto derivado de la propia constitución, que establece: *Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación de los daños o perjuicios irrogados, se ha de hacer justicia, pronta, cumplida, sin denegación, así como que los recursos no están preordenados a la consecución de una uniformidad de la ley, sino que sustancialmente persiguen la justicia y la aplicación de un debido proceso; además en una República el control de los actos es la norma*¹⁹).*

¹⁹ Un juez con poder absoluto, sin control de sus actos, cae muy fácilmente en la arbitrariedad, en el exceso de poder, en la tentación de fundar sus fallos en razón de su poder (ratio imperio) y no en el imperio de la razón y la ley. De igual forma,

La existencia de una violación al debido proceso y el derecho de las partes al mismo, produce que ni siquiera sea necesario que el perjuicio sea real, o efectivo, sino que es suficiente que el mismo sea potencial. Incluso, en ocasiones, el titular de un derecho afectado (por un vicio en el procedimiento), puede ser diverso del recurrente, si el mismo es de una envergadura tal que, de haberse respetado el procedimiento (juicio regular), existe la posibilidad de que el dispositivo o fallo fuese diverso²⁰.

A pesar de lo expuesto, son reiterados los fallos del Tribunal de Casación, en que se afirma, por ejemplo, que la víctima, solo tiene (según la ley) recurso de apelación en contra de la resolución del Tribunal de fase intermedia que dispone el sobreseimiento, no puede recurrir a casación (el artículo 71 inciso C, le concede derecho solo de apelar y, el artículo 444 sólo dispone el recurso de casación contra el sobreseimiento dictado por el Tribunal de juicio), aduciendo además no se constituyó

existen jueces que, aun existiendo la posibilidad de control por el superior, cometen yerros al valorar la prueba o interpretar la norma o al subsumir los hechos que tuvieron por acreditados en ella, o bien cometer yerros de carácter procesal y perjudicando a una de las partes gravemente. Esta necesidad de control, pensamos, antes que la pretendida “uniformidad en la aplicación de la ley”, es la finalidad de los recursos.

²⁰ Un claro ejemplo lo constituye el cambio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en lo que toca al derecho de abstenerse de declarar de los familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad; en principio se afirmaba que el titular del derecho lo era la persona a la que la constitución le otorga tal derecho y que, por ende, la circunstancia de que no se le advirtiera al testigo o familiar por el Tribunal de sus derechos constitucionales al declarar en la audiencia o juicio, debía y podría ser reclamada por esa persona, más no por el imputado. Posteriormente se afirmó que el acusado, en caso de condenatoria, si estaba legitimado para interponer el recurso de casación, por la existencia de una violación al debido proceso, ante la posibilidad de que, de haberse dado un juicio regular (legal), el resultado fuera otro (dicha prueba era esencial, como luego veremos). Otro fallo relevante de la Sala Constitucional, es el que dispone que el excesivo protagonismo del Tribunal, en que el Ministerio Público realizó un recurso de casación, podría provocar el coartar o limitar la intervención de dicha parte en el proceso, lo que constituye una violación al debido proceso y, resultando posible que en un juicio normal o regular (legal), el fallo o dispositivo pudiera variar, procede el recurso. (aunque claro, pensamos, en ambas hipótesis debe hacerse ver la irregularidad procedimental y plantear los recursos de revocatoria del caso; o hacerse constar el vicio).

en querellante (en “parte”, y que la ley exige ello²¹). O bien existen fallos del Tribunal de Casación, según se me ha informado en los que se afirma que el sobreseimiento que tiene recurso de casación lo es el del Tribunal de Juicio, más no el dictado por el Juez de fase intermedia por ejemplo (dichosamente esta tesis cuenta con votos salvados del Dr. Llobet y del Dr. Chinchilla). Consideramos que tales fallos implican una errónea interpretación de la ley (no acorde con la totalidad del ordenamiento jurídico), indiscutiblemente tal resolución puede causar un grave o irreparable perjuicio, *la posibilidad de revisión o control de los actos gubernamentales (y las resoluciones jurisdiccionales lo son) en un ordenamiento democrático, debe ser ampliamente reconocida; el recurso de casación (o cualquier recurso) es la única posibilidad de enmendar un yerro jurisdiccional cometido en una resolución que es dictada contra legem y que implica una afectación de derechos o la producción de un perjuicio (en forma injusta o arbitraria) y, por ende, la única manera acceder a la justicia y la corrección de los entuertos.*

Atendiendo a lo expuesto, las limitaciones impuestas por ley sobre la facultad de recurrir han sido tradicionalmente declaradas inconstitucionales por la Sala respectiva, por ejemplo, en el Código Procesal de 1973: la limita-

²¹ La víctima, como habíamos expuesto, tiene derecho de apelar la desestimación o el sobreseimiento; pero no casar el fallo. El código reitera que se requiere ser parte para poder impugnar, por ejemplo el artículo 424 establece: “Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio...”. También puede la víctima o cualquier damnificado, “cuando no estén constituidos como parte” instar al Ministerio Público para que interponga los recursos pertinentes (art. 426 del Código Procesal Penal), de ahí arranca también la reticencia de aceptar un recurso de casación presentado por la víctima; “...cuando el Ministerio Público no presente la impugnación debe explicar por escrito, dirigido al solicitante la razón de su proceder...” (el representante del Ministerio Público podría estimar no conveniente impugnar la resolución o el fallo, en forma errónea, o por mucho trabajo, etc.; además el no es el órgano jurisdiccional o superior, lo que impediría el acceso a la justicia de la víctima). Parte en sentido procesal es el que tiene un interés en el asunto e interviene en él (es más bien al que se le ha lesionado en sus intereses, el agraviado con la resolución, pensamos), no es una cuestión formal o ritual.

ción de recurrir del indiciado si el monto de la pena no superaba los seis meses (719-90); limitaciones de recurrir a casación del Ministerio Público (1193-95). Más recientemente incluso se ha indicado por la Sala Constitucional, ante consulta de la Sala Tercera (voto: 8591-2002) que: "...los numerales: 422 y 444 del Código Procesal Penal no son inconstitucionales en la medida en que se interpreten a la luz del artículo 41 de la Constitución Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que también procede el recurso de casación de la víctima en contra del auto que ordene la suspensión del procedimiento a prueba...". (Nótese que esta resolución es dictada, en la generalidad de los casos, por el juez de fase intermedia, que incluso no se dispone en la ley recurso de apelación en contra de misma, menos dispone la ley que para impugnar la misma se permita (incluso) acceder al recurso de casación; de igual forma dicha resolución, técnicamente hablando, no pone fin al proceso, no obstante la misma podría producir un perjuicio irreparable, o de difícil o imposible reparación, puesto que al vencimiento del término, cumplidas las condiciones, es imperativo el dictado del sobreseimiento).

El recurrir a denegar los recursos (rechazarlos por inadmisibilidad), atendiendo simplemente a los "principios"²² de taxatividad subjetiva y objetiva, dispuesta en la ley, para declararles indamisibles, sin entrar siquiera a ver o considerar el asunto, es acudir a una fácil muletilla para quitarse trabajo de encima, pero puede implicar una denegación de justicia al quedar firme una resolución ilegal, que causa un grave daño, o un perjuicio de muy difícil reparación.

Incluso el inferior ya no puede entrar a valorar la admisibilidad del recurso de apelación

²² En realidad ni siquiera se pueden considerar "principios", el principio es que todo aquella resolución judicial que causa un gravamen, de difícil o imposible reparación (en quebranto a la Constitución o la ley) debe ser revisada y, si es del caso enmendada.

que se le presenta de su resolución (es así que el nuevo Código Procesal no contiene el recurso de queja o apelación de hecho, considerando que la admisibilidad del recurso debe ser valorada por el ad quem, no obstante dicha forma o posibilidad de recurrir (la apelación de hecho) ha sido reiteradamente reconocida por la Sala Tercera, permanece como vigente y susceptible de ser utilizada, por ejemplo, pensamos, en la hipótesis de que el juez penal rechazara la apelación del sobreseimiento provisional y dicha resolución causara un perjuicio procesal o gravamen, es posible presentar el mismo ante el superior o Tribunal de apelaciones y, a su vez, si este rechaza la misma por inadmisibile²³, es posible acudir hasta casación).

C) La existencia de un vicio.

En principio, la resolución impugnada no puede producir efectos jurídicos, por constituir una actividad procesal defectuosa (la resolución quebranta los requisitos legales que a su vez constituyen presupuestos fácticos de la eficacia), salvo disposición en contrario; el efecto suspensivo que produce la interposición del recurso es la regla. La convalidación del vicio de las resoluciones es la regla (si la parte contribuyó al mismo, u omitió ejercer las acciones correspondientes o impugnar la

²³ Ha sido la costumbre del Tribunal de juicio declarar inadmisibles las apelaciones que se le presentan del sobreseimiento provisional, a pesar de que esta resolución puede causar un gravamen irreparable o de muy difícil reparación, en efecto, ha sucedido que, para no entrar a considerar la acusación y si existe causa probable para la apertura a juicio, se procede a dictar el sobreseimiento provisional, en una resolución poco fundamentada y aludiendo que falta "x" o "y" prueba (algunas de ellas absolutamente innecesarias o imposibles de conseguir); sabedor el Juez Penal que la resolución carece de apelación; al vencer el término de la prórroga, el sobreseimiento que se dicte, se afirma, si tiene apelación, no obstante la resolución de sobreseimiento, la duda que se había manifestado existía, no podría ser variada (sucede lo mismo que con la prórroga extraordinaria de la instrucción de antes) si no llegó la nueva prueba que se afirmaba faltaba (vencido el término, sin que llegara nueva prueba o la prueba que se extraña, es obligatorio dictar el sobreseimiento definitivo). Si no se ejercen los recursos correspondientes, en el momento oportuno por el Ministerio Público la resolución queda firme (no se puede evitar el perjuicio).

resolución, o si, a pesar de la existencia del vicio en la resolución se dieron los efectos buscados) todos los defectos procesales o vicios son susceptibles de convalidarse, salvo los defectos de carácter absoluto. Los defectos absolutos (en resoluciones del tribunal competente o regular, etc.) sí pueden ser reclamados en cualquier tiempo, solo por el imputado, siempre que le beneficien. Los defectos procesales de la resolución, aunque perjudiquen gravemente a las partes o atenten contra el debido proceso, no pueden ser considerados defectos absolutos si no existió indefensión, es decir, si la parte contribuyó a su causa o admitió sus efectos (se convalidan). Si el Ministerio Público, por ejemplo, fue notificado o puesto en conocimiento de la resolución que es defectuosa y le causa un gravamen, el vicio se convalida si no ejerció las acciones correspondientes.

1. La actividad procesal defectuosa. El vicio. El agravio. Convalidación (ineficacia relativa y defectos absolutos).

El recurso o la impugnación de la resolución se dirige a atacar, o tratar de evitar, la eficacia (efectos perjudiciales, que causan gravamen o afectación o cambio en la situación jurídica) que la resolución implica o determina al quedar firme (por ejemplo: la sentencia condenatoria, o el comiso, o la declaratoria de apertura a juicio, el sobreseimiento, etc.), al encontrarse firmes deben ser ejecutoriadas en ese instante. Ineficacia que debe decretarse si la resolución, en efecto, se encuentra viciada. Este es el segundo elemento (junto con la existencia del gravamen o perjuicio), esencial a los efectos de estudiar los recursos, sus motivos o su procedencia; sobre estos aspectos gira toda la materia. Existe un vicio cuando existe una actividad procesal defectuosa, es decir cuando la resolución incumple o quebranta la ley de forma (rito, o requerimientos para su eficacia) o la ley sustantiva (de fondo). “Artículo: 443. Motivos. “El recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal...”. (Evidentemente también procede

declarar con lugar el recurso cuando la resolución se encuentra viciada por quebrantar la constitución, los tratados internacionales y, en fin, el debido proceso, cuestiones más amplias que lo referido en la ley, o incluso en la propia Constitución y que estimamos no son *numerus clausus*).

Existen vicios procedimentales que son susceptibles de ser convalidados si no existe protesta oportuna para el saneamiento²⁴ por el interesado, por precluir el término, y existen vicios que pueden hacerse ver en cualquier estado de la causa (momento procesal) que, en principio, no son susceptibles de subsanarse por la inactividad de las partes o sujetos procesales.

El artículo 424 del Código de Procedimientos Penales, establece, para la procedencia del recurso, como habíamos expuesto, la existencia o producción de un agravio derivado de la resolución impugnada y que se afirma defectuosa; no obstante no puede ser reclamada la supuesta ineficacia por aquel que con su actuar (activo u omisivo) ha contribuido a provocar el supuesto defecto (o había consentido los efectos). Solo el acusado puede impugnar un vicio que ha contribuido a provocar, en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia o representación.

Existe un principio que es que la norma (ley) procesal (el rito) debe tener una ratio (un fin, o razón de ser; tutelar el debido proceso, garantizar un juicio justo y legal, etc.) y que el procedimiento esta orientado a avanzar (permitir ello) lograr la resolución del asunto²⁵,

²⁴ Durante las audiencias solo cabe recurso de revocatoria y la revocatoria implica la protesta del vicio, así art. 427; lo que es esencial a los efectos de reclamar los defectos o infracciones a la ley formal (o de rito) en casación. Si la resolución tiene efectos procedimentales (quebranto a la ley de forma) y no se solicitó su subsanación, la misma se convalida (lo que antes se llamaba hacer reserva de casación), salvo que se trate de defectos absolutos, como se verá.

²⁵ “...todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos

por lo que no todo irrespeto a la ley formal (rito) es susceptible de producir la ineficacia del acto o resolución que la contiene, en especial si las partes consintieron (conociendo de la misma) la continuación del procedimiento y sus efectos (siempre y cuando la afectación provocada no lesione el debido proceso y, dentro del mismo, el derecho de defensa, o a la intervención del Ministerio Público en el Proceso, etc.); pues se estima que, por ejemplo, el desinterés o desidia de la parte implica su conformidad (vgr. El caso en que el dictamen médico legal fue puesto en conocimiento del abogado defensor, pero en el término de ley para apelar no lo impugnó, no puede alegar en una fase ulterior que se le lesionó el derecho de defensa al no poder combatir el mismo (tampoco propuso en tiempo un nuevo perito, etc.); otro ejemplo: se realizó un reconocimiento de personas, concretamente del imputado, o un allanamiento, pero no se citó al defensor puesto que se pidió el acto con carácter urgente y el Juez aprobó la solicitud, aunque no fundamentó muy bien el carácter de la urgencia, el defensor se enteró después de la realización del acto, se le notificó y puso en conocimiento de todo, pero nunca apeló la resolución en que se estimó, aunque no estuviera fundamentada, que existía urgencia). También el artículo de comentario es claro en que no puede reclamar el vicio la parte que contribuyó a la actividad procesal que se estima defectuosa, siguiendo el principio de *“nemo auditur propriam turpitudinem suans alegans”* (no se debe escuchar a quien alega su propia torpeza); ¿Cómo podría reclamar el abogado defensor que se lesionó el derecho de defensa del acusado al realizarse un reconocimiento en rueda de personas sin su presencia, cuando existe una citación o notificación recibida del defensor en

procesales, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, restrictivamente y a modo expreso, mientras que deben interpretarse extensivamente y con mayor informalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo de la sentencia; además, *las infracciones procesales sólo deben lugar a nulidades relativas y por ende, subsanables, mientras no produzcan indefensión...*”. Voto: 1739-92 de la Sala Constitucional.

el que se le informa de la práctica de la diligencia?, etc.. Todos los defectos (incluso los absolutos), pueden y deben ser saneados, de oficio, o a petición de parte (art. 179 p.1). No se puede además retrotraer el proceso a fases precluidas o etapas anteriores, “Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido..., salvo los casos expresamente previstos por este Código (art. 179 p. 2) (las hipótesis, pensamos, son muy limitadas, solamente expresamente la ley lo establece en el reenvío en casación o revisión, al respecto Llobet, obra citada; pensamos que también debe retrotraerse la causa si pasó a la fase intermedia sin que existiera indagatoria, pero eso es discutible). “El tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia, lo comunicará al interesado...”. (Art. 15 del C.P.P.). Artículo: 176. Protesta. *“Excepto en los casos de defectos absolutos, el interesado deberá protestar el vicio, cuando lo conozca...”*; el artículo 177 *ibidem*, establece la convalidación del vicio o defecto no absoluto, cuando el Ministerio Público o las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; cuando teniendo derecho a impugnarlo aceptaron, expresa o tácitamente, los efectos del acto, o si, no obstante la irregularidad, el acto a conseguido su fin respecto de los interesados (ej: no se notificó al defensor de la realización de la diligencia, ni se le nombró oficialmente y juramentó como tal, pero en la indagatoria el indiciado aparece con su defensor y así lo indica y, además, en la diligencia del reconocimiento, aunque no estaba citado, en calidad de defensor del acusado, compareció el quejoso, no se observa que se violentara el derecho de defensa del mismo por faltar dicho nombramiento). Ver artículos 175 a 179.

Los defectos relativos, saneables, deben ser reclamados oportunamente (no cabe el recurso de casación por infracción a la ley formal si no se protestó el vicio, el recurso de revocatoria, como habíamos visto, equivale a la reserva de casación). Es dable no efectuarse el recurso de revocatoria y proceder tan solo a

presentar el recurso de apelación, pero no es posible, o mejor dicho admisible, el recurso de casación sin haber presentado el de apelación (casación per saltum).

No obstante, “*el imputado*” (Art. 424) “...podrá impugnar la decisión judicial aunque haya contribuido a provocar el vicio, en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación...”²⁶.

Cuando decimos en el título que el agravio es la medida del recurso, queremos también indicar no sólo que si no existe agravio o perjuicio no cabe interponer el recurso (no es

admisible) sino también que es dicho instrumento el que atribuye al Tribunal de alzada el conocimiento del proceso, “...sólo en cuanto a los puntos de la resolución que se refieran a los agravios...” (Art. 431). Se parte del principio de la conservación de los actos procesales y que las mismas deben adquirir firmeza (ser ejecutadas) en caso de que no hayan sido impugnadas, se afirma que: “...Las partes tienen un derecho dispositivo con respecto a los puntos de la resolución que desean impugnar...”²⁷ y que en lo no solicitado no tiene competencia el superior (queda firme la resolución). No obstante esta regla tiene su excepción, cual es la existencia de los defectos absolutos (art. 178), los que deben ser declarados de oficio, en cualquier estado del proceso²⁸; pero debe recordarse que, el mismo *no* puede ser declarado *de oficio* si el mismo *no* beneficia al imputado (debe diferenciarse el “defecto absoluto” de la actividad procesal defectuosa y que se conmina con ineficacia absoluta o relativa), y que no es le es dable al superior, ante la existencia de una impugnación proceder a la *reformatio in peius* (si por ejemplo la resolución o fallo absolutorio carece de fundamentación en

²⁶ El artículo 2 del Código establece: “...La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio...”, pero si en su beneficio. (cabe utilizar a favor del indiciado, por ejemplo la prueba espúrea; cabe decretar la ineficacia de la resolución si la misma violenta el debido proceso y el vicio fue producido por el propio acusado, o colaboró en su producción). La norma establece una salvedad al principio de “*nemo auditur propriam turpitudinem suans alegans*”; pero sólo parece cobijar al imputado o su defensa (no al Ministerio Público o a las otras partes). La existencia de un debido proceso (justo y legal), es un requisito sine qua non para que la verdad judicial plasmada en la sentencia adquiera o tenga eficacia, en virtud de que la Constitución requiere demostración **en juicio de la culpabilidad** (pero que pasa si quebrantó el debido proceso y se produjo en virtud de ello una sentencia absolutoria y el Ministerio Público, o el quejoso querellante, contribuyó a causar el vicio, o lo provocó); la norma es clara en indicar que sólo “el imputado” puede impugnar la resolución en tales hipótesis. Que pasa si, por ejemplo, el Ministerio Público, en la audiencia preliminar, solicitó la apertura a juicio y el Juez Penal, de la lista de testigos que ofrece, omitió pronunciarse en cuanto a la procedibilidad de recepción de uno de los testigos (o lo rechazó), cuya prueba era esencial (el debido proceso, el acceso a la justicia de la víctima también se verían lesionados), no obstante el Ministerio Público, al recibir la notificación de la resolución en donde se acordó la apertura a juicio, no solicitó adición o aclaración de la resolución con respecto al testigo faltante, ni ejerció recurso posterior alguno (admitió la firmeza de la resolución); en nuestro criterio no podría después de recibida por el Tribunal la causa, venir a solicitar que se valore la posibilidad de admisión del testigo que había propuesto, (aunque fuera esencial), puesto que se encuentra precluida la fase intermedia, el Tribunal sólo podría evacuar nueva prueba en las hipótesis de excepción, taxativas, dispuestas por ley en el artículo 355 (la prueba no es nueva y no surge de nuevos hechos o circunstancias descubiertas en la audiencia oral). En nuestro criterio, por lo expuesto, tampoco el Tribunal, de oficio, atendiendo al principio de que se encuentra obligado a buscar la verdad real (también dispuesto a nivel legal), podría de oficio proceder a llamar a dicho testigo (esencial), como prueba para mejor resolver (en contra de nuestra opinión diversos votos de la Sala Tercera).

²⁷ Bettiol. Citado por Llobet Rodríguez Javier. Proceso Penal Comentado. Pag. 826.

²⁸ De oficio, el Ministerio Público, también puede hacer ver los defectos absolutos de un fallo, aun cuando no hallan sido reclamado o impugnado el proceder (viciado o defectuoso) por el defensor o el imputado, incluso en la vista o audiencia oral, atendiendo al principio de objetividad del Ministerio Público, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, también cabe revisión de la **sentencia condenatoria** en la que se quebrantó el debido proceso. A pesar de la existencia de defectos procedimentales de la resolución que afectaran el debido proceso, perjudicando, por ejemplo al Ministerio Público y que provocaron por ejemplo una sentencia absolutoria, si los mismos no se hicieron ver, o no se reclamaron, mediante el correspondiente recurso, no cabe su declaratoria (por ejemplo se absolvió al indiciado por el delito de homicidio culposo, pero se condenó en lo civil a la compañía para la que laboraba, si no se recurrió el fallo por el Ministerio Público, o la víctima, en lo que atañe a las cuestiones penales, a pesar de que el fallo absolutorio obedeció a un yerro, no cabe hacer ver el mismo de oficio, ni es susceptible de declararse). Algunos incluso han estimado que el recurso de casación, en materia penal, solo debería caber cuando lo plantea el acusado (no quebranto del principio *nemo in idem*). De igual forma, de fundamental relevancia, debe ser recordado el principio de la **no reformatio in peius**, que mencionamos posteriormente.

cuanto a lo penal, pero condena en lo civil y el demandado civil es el único que plantea recurso de casación, no puede decretarse la ineficacia del fallo en lo penal por el defecto absoluto no reclamado; otro ejemplo: el acusado, de conformidad con los hechos probados, cometió el delito de homicidio calificado por ensañamiento, pero el fallo lo condenó e impuso pena por homicidio simple, a pesar de existir un error sustancial, esencial, que afecta a la realización de la justicia, el mismo no puede ser hecho ver en forma oficiosa y procederse a variar el dispositivo, si no se impugnó por el acusador el punto y sólo existe recurso de la defensa), tampoco podría agravarse la situación, ante la presentación de un recurso, de la parte quejosa (pues más bien iría ello en contra de su interés al recurrir), esto sería, como dice nuestro pueblo: "...ir por leña y salir trasquilado..."; el artículo 432, expone: "Prohibición de reforma en perjuicio". "Cuando la resolución sólo fue impugnada por el imputado o su defensor; no podrá modificarse en su perjuicio". "*Los recursos interpuestos por cualquiera de las partes permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado...*". Todo lo expuesto, en nuestro criterio, indica que, *aun los defectos, o los vicios procedimentales de la resolución que afectan el debido proceso, son susceptibles de ser convalidados* (teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo 177 en relación con el 178), *si la parte (o el interesado) no reclamó en forma oportuna el saneamiento o contribuyó con su desidia al no presentar el recurso respectivo (admitió los efectos, no existió indefensión), salvo en las hipótesis de que declaratoria de la actividad procesal defectuosa (o vicio de la resolución) iría en beneficio del imputado, o podría beneficiarle.* (Se estima que, al no impugnarse la resolución que contiene vicios o defectos procedimentales, no tiene interés su reclamación, o que se subsane el vicio, se admiten sus efectos)²⁹.

2. Efecto suspensivo y efecto extensivo de los recursos

En cuanto a los efectos de los recursos, la sola interposición de los recursos, en la generalidad de los casos, provocará el efecto suspensivo de la resolución (las resoluciones judiciales, no quedan firmes o son eficaces de forma inmediata, es necesario esperar el vencimiento de los plazos concedidos a las partes para recurrir) y, por supuesto, si con la presentación del recurso lo que se persigue es que no quede firme y no recaigan los efectos perjudiciales de la resolución en el interesado, la misma no podrá ejecutarse en tanto no sea resuelto el recurso (se suspenden los efectos de la resolución impugnada); esto es a lo que

do ningún defecto o vicio que afecte el debido proceso y que todos pueden ser declarados de oficio, sin siquiera ser necesaria la protesta previa, alegando a favor de su tesis lo expuesto en el artículo 178 del Código de Procedimientos Penales, en donde se establece que **son defectos absolutos: "c) los que conciernen a la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento"**. Pero, de la lectura atenta de dicho numeral claramente se colige que cuando se refiere a la "**intervención del Ministerio Público en el proceso**", hace referencia a que no puede haber juzgamiento o fallo sin acusación, y acusación presentada por quien está legitimado para accionar, de donde se desprende que constituiría un defecto absoluto (no subsanable o convalidable), por ejemplo, la intervención (o acción penal) ejercida por el Ministerio Público, en un delito de acción privada (cuestión que atañe al acusado o que puede beneficiarle), o bien cuando es un delito de acción pública perseguible a instancia privada, pero esta última no se dio, o fue revocada; en cuanto "**a la participación del Ministerio Público**", se refiere a que no se hayan violentado su derecho de defensa, de intervenir en los momentos en que la misma es necesaria, por ejemplo que se violente el derecho de audiencia (de producir u ofrecer prueba) o de impugnar (pero, reiteramos, si dicho derecho se concedió, si a pesar de la existencia de una resolución perjudicial no se accionó (pidió adición o aclaración) o impugnó, se convalidan los defectos o vicios de la resolución, por estimarse que no existe interés. Existe una excepción, expresamente dispuesta por el artículo 320 párrafo tercero, por ejemplo, e si el fiscal ofreció como prueba al testigo w, y, z, pero sólo por error el juez de fase intermedia solo se pronunció sobre la admisión de los dos primeros (o rechazó alguno), y notificada dicha resolución no se pidió adición o aclaración, ni se interpuso recurso de revocatoria que según la ley es el único que corresponde, se puede y debe reiterar el recibo de dicha prueba inadmitida como prueba para mejor resolver, ante el Tribunal de juicio (utilizar el artículo 355); incluso, como veremos, si la prueba inadmitida era esencial, aunque el fiscal no la ofrezca, de oficio, el Tribunal puede y debe ordenar evacuar la misma, pues está obligado a la búsqueda de la verdad real (no hacerlo podría implicar una preterición ilegal de prueba y una fundamentación ilegítima).

²⁹ Algunos mencionan que **no** es susceptibles de ser convalida-

se le denomina “efecto suspensivo de los recursos”, que es la regla. No obstante existen resoluciones que, por disposición de ley, constituyen excepciones a dicha regla, por ejemplo la resolución que acuerda la excarcelación (hechas las advertencias de estilo o acordadas al imputado no es necesario esperar para ver si el Ministerio Público apela, o bien si lo hace, esperar la resolución del superior, el que puede revocarla o modificarla). (Art. 429. “*La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario*” por ej: art. 256 y 336). Por su parte, también debe tenerse en cuenta, el efecto extensivo de los recursos (Art. 428), que constituye una excepción al principio de personalidad de la impugnación, que impide que la sentencia adquiera firmeza con respecto a los imputados favorecidos por el efecto suspensivo, mientras se tramita el recurso (aunque el imputado favorecido con él hubiera manifestado su conformidad con el fallo), salvo que el recurso se presentara con base a motivos exclusivamente personales (que no tienen relevancia con respecto a la situación de los otros imputados). Así por ejemplo: Pedro fue condenado por un robo en Pococí; Juan Pedro y Luis, fueron condenados por homicidio y robo en Alajuela; Pedro recurre a casación la sentencia condenatoria, en lo que toca al aparte de la sentencia que le condenó por el robo en Pococí, si Juan y Luis no recurrieron a casación (están conformes con su fallo) y la resolución del recurso no afectaría la situación jurídica de los otros imputados, no es posible estimar en nuestro criterio que, en cuanto a ellos, la sentencia no esta firme, o que es necesario ampliarles la prisión preventiva por tales hechos.

En voto: 5308-96, de la Sala Constitucional, incluso se afirma que se debe enviar copia del fallo al Instituto de Criminología por parte del Tribunal, además se afirma:

“*ARTICULO 113. Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas, sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no se*

an oportunamente recurridas y no corresponda su consulta. Sentencia firme es aquella contra la cual no cabe recurso alguno ya sea ordinario o extraordinario, excepto el de revisión”. Por regla general, si no se impugna en tiempo una resolución judicial, la misma queda firme; no obstante, en materia penal existen excepciones contempladas en el Código de Rito, como es el caso de quien resulta condenado en una sentencia, que no la recurre en tiempo pero que sin embargo se ve beneficiado por el recurso interpuesto por otro coimputado, de manera que la sentencia –aun sin haberla recurrido– no adquiere firmeza.

La anterior hipótesis es contemplada en el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales, que reza así: “*Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En caso de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil, cuando este alegue la inexistencia del hecho o niegue que constituya delito o que aquél lo cometió, o sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva, o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir*”.

Se trata de una excepción al principio de personalidad de la impugnación, que acoge nuestra ley procesal penal cuando regula el efecto extensivo del recurso, lo que impide que la sentencia adquiera firmeza con respecto a los imputados favorecidos por el efecto suspensivo, mientras se tramita el recurso.

Se distingue entre la extensión de la impugnación y la extensión de la sentencia, siendo la primera la que contempla nuestra legislación, aunque de hecho, a través de la extensión del recurso se llega a la extensión de la sentencia.

Como se puede apreciar del texto de la ley, *el efecto extensivo de los recursos en materia penal que impide*—en los casos consignados en el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales— *a la sentencia adquirir la autoridad de cosa juzgada material es una norma de excepción, aplicable solamente en los casos en que contempla el numeral de cita.*

La finalidad del efecto extensivo es posibilitar una sentencia común para quienes, por determinadas razones procesales, se encuentran en un mismo proceso en iguales condiciones jurídicas en cuanto al derecho de forma o de fondo, para que así se beneficien del fallo que reconoce el error de la anterior decisión, amén de que se logra la uniformidad de las decisiones, y por tanto de la jurisprudencia.

El efecto extensivo se produce cuando en la hipótesis concreta se dan los supuestos para la extensión de la impugnación, independientemente de la idea que tenga el no impugnante de lo que le es más beneficioso o aunque no lo quiera, pero siempre partiendo de que sólo funciona para favorecer al imputado no para perjudicarlo, no sólo como consecuencia del artículo mismo que utiliza la palabra “favorecer”, sino también del artículo 459 último párrafo del Código de Procedimientos Penales (prohibición de *reformatio in peius*).

Conforme a la letra de la ley, sólo se extiende la impugnación del coimputado por motivos de fondo y forma en el primer párrafo del artículo 455 de cita y por motivos de forma en el segundo párrafo del mismo numeral, así como de la impugnación del demandado civil a favor del imputado, en las condiciones del párrafo 3° de ese texto legal.

Para que se produzca el efecto extensivo del recurso, nuestra legislación procesal penal determina algunas condiciones, como son: *a) Condenatoria por la misma sentencia; b) Existencia del derecho de impugnar en el no impugnante*, en virtud del principio de taxatividad de las impugnaciones, de manera que para que el no impugnante pueda favorecerse de la

impugnación establecida, debe haber tenido, en abstracto, derecho e interés de y para impugnar; *c) Comunidad de gravamen para los condenados*, pero no se extiende la impugnación si se basa en motivos exclusivamente personales. No hay gravamen común cuando el motivo del recurso se refiere a un agravio por un punto de la sentencia o por una cuestión que no se relaciona con la posición jurídica del imputado no impugnante, y cuya resolución favorable, a través de la nueva decisión, sólo produce efectos en la esfera jurídica de los impugnantes, en otras palabras, cuando el motivo o fundamento del recurso pudo haber sido interpuesto validamente por cualquiera de los imputados.

Los motivos exclusivamente personales son entonces, aquéllos que no tienen relevancia con respecto a la situación de los otros imputados, ni procesal ni sustancialmente, de modo que de ser declarado con lugar el recurso con base en dichos motivos no se produciría una contradictoriedad entre los fallos.

Los incisos 1° y 2° del artículo 455 permiten una extensión del recurso basado en agravios provenientes de lesiones al derecho formal, si todos los condenados han sido juzgados en una misma sentencia y bajo el supuesto de que esas lesiones los afecten a todos. Por su parte, el inciso 1° restringe el efecto extensivo del recurso, basado en agravios provenientes de violaciones a leyes de fondo, a los casos de realización de un hecho punible por varios imputados.

Un gravamen es común cuando proviene de una lesión del derecho de fondo que, subsanada por el Tribunal de la impugnación, modificaría favorablemente la situación jurídica de todos los condenados, los cuales serían absueltos o castigados con una pena más favorable...”.

CAPÍTULO 2: LAS FORMALIDADES DEL RECURSO

Lejos de constituir obstáculos al acceso de la justicia, o simples ritualismos, las formalidades de interposición de los recursos previstas en la ley, están orientadas a permitir ello y a ordenar la actividad del tribunal y los interesados (u orientar a estos últimos). Tal y como lo habíamos mencionado, toda norma procedimental o de rito esta dirigida a la consecución de la resolución de fondo y a la justicia, las mismas sólo dan lugar a una nulidad relativa, susceptibles de ser subsanadas, salvo cuando se causa indefensión (violentan el debido proceso) y pueden ser declaradas de oficio y en cualquier estado de la causa, en fin, cuando son de carácter sustancial o esencial. En realidad, en lo que toca al recurso de casación, (al igual que sucede en cualquier otro recurso) que podría ser calificado por algunos como el de mayor formalismo³⁰, consideramos, ello se cumple.

A continuación observaremos las formalidades o “requisitos de admisibilidad” del recurso de casación y los motivos por los cuales corresponde declarar la ineficacia del fallo, son esencialmente los mismos (salvo cuando los requisitos de admisibilidad versan sobre un aspecto esencial o sustancial, como por

³⁰ Históricamente la posición de la Sala de Casación, con respecto a los requisitos de admisibilidad del recurso ha variado grandemente, a partir de las resoluciones de la Sala Constitucional, en la que se dispuso que nuestro país cumplía con la exigencia de la existencia de una doble instancia de la sentencia condenatoria, establecida en los pactos internacionales, siempre que se fuera flexible por la Sala en la admisión de los recursos de casación, que no se fuera muy formalista al valorar la admisibilidad. “...Tradicionalmente se afirma que la casación, tratándose de un contralor de mera legalidad, busca uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, de ahí su carácter esencialmente formal. Sin embargo hoy se reconoce también como indispensable la búsqueda de la justicia en el caso concreto, según el cual los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional de los tribunales de instancia en cada caso concreto, sobre todo en un sistema como el costarricense de única instancia, donde no se admite el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, y por consiguiente, donde el sistema debe permitir algún tipo de control...”. Voto: 401-95 de la Sala Tercera.

ejemplo, como veremos, en lo que toca al término o plazo para la interposición del recurso). Por esta vía ratificaremos que, sin interesar el cumplimiento de las formalidades, si el impugnante lleva la razón, a pesar de no haber cumplido con las exigencias de ley (como la cita de las normas violentadas), o que su reclamo no se expresó en forma no completamente clara o bastándose a sí mismo (ej: no especificó de que forma le perjudicó el fallo, o su pretensión), el mismo se debe declarar admisible o con lugar y decretarse la ineficacia respectiva. Para establecer si “...lleva razón el recurrente...” los puntos esenciales a analizar es: a) si en efecto existe ese perjuicio, agravio o interés procesal; b) si existe un vicio o actividad procesal defectuosa, no convalidada (si es relativa) o si la misma es de carácter absoluto (violación del debido proceso). Reiteramos que los *requisitos esenciales*, mencionados hasta ahora, en cuanto a la naturaleza de los recursos, y que dan lugar a la declaratoria de ineficacia de la resolución, son básicamente los mismos requisitos esenciales de admisibilidad (aunque los requisitos de admisibilidad no son exactamente los mismos que los que dan lugar necesariamente a que se declare con lugar el recurso, los requisitos de admisibilidad, de forma, son un poco más extensos que los otros, pues claro, para poder declararse con lugar el recurso, primero debe ser admitido). *Las restantes formalidades* que se pueda afirmar, según la ley, debe contener el recurso de casación, consideramos, *son accesorias y susceptibles de ser enmendadas o subsanarse* (art. 15 C.P.P.); o bien se orientan a facilitar al recurrente (orientarlo) en lo que toca a la claridad o desarrollo de los aspectos dos aspectos esenciales (ad substantiam) que ya mencionamos.

A) INTERPOSICIÓN

Artículo: 445. “*El recurso de casación será interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de quince días de notificada, mediante es-*

crita fundado, en el que se citarán, con claridad las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la pretensión. Deberá indicarse, por separado, cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo”.

1. En cuanto al lugar donde se debe presentar el recurso

Se afirmaba, con anterioridad, que no interesaba que el mismo fuera presentado en una Sala distinta o un Tribunal diverso (de esto hace mucho tiempo y por las confusiones que pudieran tener los abogados ante la promulgación del Código Procesal de 1973, así como lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Especial de Jurisdicción de Tribunales), no obstante dicho criterio varió, al respecto, el voto 314-2001, estableció que no se puede tener por presentado en tiempo un recurso que, dentro del término de recurrir, fue presentado en un Tribunal o Sala diverso del que correspondía y que, luego de dicho plazo, tuvo conocimiento el Tribunal que dictó la resolución de su impugnación, en especial por el caos que ello crearía y por que las resoluciones judiciales (si no se tuvo noticia de la existencia de la impugnación en el término de ley) se reputan firmes (vencidos los plazos para impugnar) y por ende deben ejecutarse. Todo esto a pesar de la informalidad que debe privar en lo que toca a la admisibilidad del recurso. A continuación, por la importancia de la resolución citada, con respecto a lo que se viene afirmando, procedemos a transcribir la misma en lo que interesa:

“...el libelo mediante el que se interpone el reclamo, se presentó ante la Fiscalía de Aguirre y Parrita el 3 de enero de 2.001 (confrontar razón de recibido, folio 199 vuelto), siendo recibido por el Tribunal de Juicio en fecha 9 de enero de 2.001. Acerca de la presentación incorrecta del recurso de casación, debe tenerse presente que esta Sala ha señalado

que: “...II° Acerca del conflicto de normas que se da entre los artículos 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales y el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, esta Sala sostuvo en voto N° 104-A, de 10:39 hrs. del 27-03-1991, lo siguiente: «... El numeral 477 precitado es terminante en cuanto a que la presentación del recurso lo es ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. Ahora bien, de los artículos invocados por el órgano a-quo... en cuanto al segundo, por no ser posible en la actualidad (más de 15 años después de la vigencia del actual Código de Procedimientos Penales) darle aplicación en esta oportunidad. Ello es así por cuanto obviamente el término fijado para recurrir sería fácilmente alterado cuando, como ocurre aquí, el propio día de vencimiento se presenta el recurso de casación ante la Sala, lo cual roza con el principio de improrrogabilidad de los términos (artículo 142 *ibidem*). La salvedad que hace la norma (artículo 41) estaba orientada a la confusión -en cuanto a la presentación del recurso- que podría operarse a raíz de la entrada en vigencia del actual Código de Procedimientos Penales y la vigencia también -en los casos dados- de la legislación ritual penal de 1910, pero que en modo alguno se justifica ahora. Esta tesis se advierte claramente de la exposición de motivos sobre la Ley N° 5711 hecha por la Comisión de Asuntos Jurídicos de esta Corte a la fecha, cuando expuso: “DEL RECURSO DE CASACION (Capítulo VIII). En el artículo 39 se enumeran los casos en que tiene cabida este recurso; y el artículo 40 se refiere a la oficina en que debe presentarse. En vista de que el nuevo Código y el anterior contienen reglas diferentes en tal sentido, el artículo 41 otorga eficacia al recurso aunque se presente en una oficina en vez de otra, todo con la finalidad de evitar perjuicio a los litigantes a causa de la confusión que podría resultar de la vigencia de los dos sistemas.”, (subrayó la Sala). (Véase Alcance N° 186 a La Gaceta N° 196 del 16 de octubre de 1974). Finalmente, cabe argumentar que, por otra parte, de admitirse la presentación ante la Sala (sin perjuicio, desde luego, de que el

a-quo devuelto el escrito lo reciba dentro del plazo legal) del recurso de casación, el juzgador -desconociendo ello- al considerar -con justa razón- firme la sentencia podría realizar actuaciones de oficio o a petición de parte interesada relativas a su ejecución, que luego habría que revocar al tenerse conocimiento de la existencia del recurso, pudiendo incluso producirse situaciones problemáticas, resultando, ergo, dubitativa y sorpresiva la seguridad jurídica de las partes en punto a la firmeza del fallo, amén de que el plazo legalmente previsto podría quedar al libre arbitrio de aquéllas en relación a la oficina de presentación de la demanda extraordinaria...». Es conveniente replantear los razonamientos de la Sala Tercera para emitir el fallo de cita, de acuerdo a los alcances que la Sala Constitucional ha dado al recurso de casación como medio protector de los derechos humanos y contralor del debido proceso, dentro de un amplio criterio de acceso a la justicia. Se analizó la voluntad legislatoris para determinar la finalidad de la norma 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, esto es la intención del legislador al momento de creación de la ley. Se olvidó que una vez promulgada, la norma nace a la vida jurídica, rompe el cordón umbilical con su creador y adquiere vida propia; de aquí que la interpretación deba determinar la voluntad legis, dentro del contexto histórico actual, convirtiéndose así los precedentes y la jurisprudencia en un medio de progresión del sistema acorde a las nuevas necesidades jurídicas y sociales. La hermenéutica del artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, debe realizarse en el contexto del Estado Constitucional de Derecho que nos rige (1989), buscando la voluntad de la ley en la actualidad y no la voluntad que hubiera tenido el legislador al momento de la promulgación. De este modo la norma armoniza con la nueva visión del ordenamiento, donde la constitución y los derechos humanos tienen eficacia inmediata, de modo que la Sala Constitucional -en procura de facilitar el acceso a la justicia- ha abierto el recurso de casación, superando las formas y postulando lo sustantivo. En este sen-

tido la Sala Constitucional ha dicho: «... la Sala considera que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista...» [Se refiere a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 719-90, 16:30 hrs., 26-06-1990. Se suplen la negrita y el subrayado.]. Esta afirmación vino a ampliarse con la sentencia de la Sala Constitucional N° 1739-92, de 11:45 hrs., de 01-07-1992, que en lo conducente dijo: «... La Sala, por su parte, ha tenido abundante ocasión de desarrollar jurisprudencialmente esa norma, de la que puede decirse en síntesis: a)... b) Que, si bien el punto no es enteramente pacífico en la doctrina y jurisprudencia comparadas, la Sala ha estimado que ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando este no se regule, interprete o aplique con criterios formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-...» (Se suplen el subrayado y la negrita.). De modo que interpretado en el contexto jurídico actual, el artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales actual, en cuanto dispone que «... la presentación del recurso ante una Sala Penal, cuando debió serlo ante el tribunal que dictó la resolución recurrida, o ante una Sala y no en otra, no será motivo de inadmisibilidad y en tales casos será enviado el recurso a la oficina que corresponda por simple providencia» (se suplen el subrayado y la negrita), debe comprenderse de la forma más amplia para facilitar el acceso a la justicia. Ello según lo ha venido delineando la Sala Constitucional. Así, la presentación de un recurso -dentro de los quince días que establece el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales- directamente ante la Sala, cuando debió serlo ante el tribunal de mérito excluye la extemporaneidad, esto es se debe tener por presentado en tiempo. No significa esto una violación al

artículo 142 de este ordenamiento, en cuanto establece la improrrogabilidad de los términos perentorios, porque el criterio es el de tener por presentado en tiempo el recurso. Ahora bien, en las sesiones de Corte Plena de 01-07-1991 y 15-07-1991, artículos L y LIV respectivamente, se dispuso que los escritos dirigidos a las Salas Primera, Segunda y Tercera serían recibidos por un funcionario en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia; de modo que entregado allí un recurso de casación dentro del tiempo de ley, se debe tener por presentado en término. III° Debe agregarse a los razonamientos anteriores, que el ordenamiento jurídico no solo es un sistema de jerarquía positiva en atención al origen del derecho (constitucional, legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, etc.), sino que además responde a una jerarquía de valores sociales. Bajo esta comprensión, debemos remitirnos al artículo 260.1 de la Ley General de Administración Pública, que dispone ad litteram: «Artículo 260. 1... 2. No importará que el recurso haya sido interpuesto ante autoridad incompetente, en los casos previstos por el artículo 68 de esta ley; ni tampoco que carezca de las autenticaciones, formalidades o especies fiscales necesarias; ni, en general, que padezca cualquier vicio que no produzca su nulidad absoluta, a condición de que se subsanen de conformidad con esta ley». La justicia no tendría ningún lugar preponderante en la escala de valores del ordenamiento costarricense, cuando se valora el error en la presentación de un recurso con mayor benignidad en el procedimiento administrativo que en el proceso penal, siendo este donde se decidirá la suspensión individualizada de una de las más importantes garantías constitucionales como es la libertad. Sería absurdo pensar en mayor tolerancia y desformalización para los recursos administrativos, contrastante con la estricta severidad de las formas del proceso penal por encima de la libertad individual. Por ello interpretado sistemáticamente el ordenamiento jurídico, resulta claro que de presentarse el caso regulado por el artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, siempre que el recurso se presen-

te dentro del plazo establecido por el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, se excluye la extemporaneidad. Desde luego esta es una situación de carácter excepcional, pues lo propio es que las partes presenten el recurso de casación ante el Tribunal de instancia, con el fin de evitar que la resolución impugnada se ejecute como si estuviere firme por desconocer el aquo que se ha presentado un recurso...”. (ver Voto # 7-A-95, de 10:45 horas del 20 de enero de 1.995. En el mismo sentido, Voto # 1.019-98, de 10:00 horas del 23 de octubre de 1.998). El último resaltado no pertenece al original. Ahora bien, tal como se colige de la lectura e los precedentes citados, en estos casos, aun cuando los recursos no se presentaron directamente ante el Tribunal que dictó la resolución de mérito (como correspondía, según el numeral 477 del Código Procesal Penal, aplicable a la especie), se interpretó que se habían presentado en término, pues fueron recibidos en la Secretaría de esta Sala, órgano a quien correspondía conocer en definitiva sobre cada una de las impugnaciones. El caso en estudio difiere de los anteriores, pues el recurso de casación se presentó ante la Fiscalía de Juicio de Aguirre y Parrita, dependencia que no tenía vinculación alguna con la eventual fase impugnativa. Y es que esta última consideración encuentra su razón y fundamento, en que si bien los Jueces deben tutelar el acceso a la justicia de los ciudadanos, también las partes (incluidos sus abogados) deben presentar las gestiones ante el Tribunal que corresponda, porque de lo contrario, podría arribarse al absurdo de que cada Despacho, independientemente de la materia que conozca y con prescindencia del lugar del País en que tenga asiento, podría recibir cualquier tipo de gestión. Por lo expuesto, conforme disponen los artículos 452, 458, 477, 478 y 479 del Código de Procedimientos Penales de 1.973, se declara mal admitido el recurso de casación interpuesto.

II. No obstante lo anterior, observa la Sala que el presente asunto debe ponerse en conocimiento del Fiscal General de la República, para que se determine en la sede disciplinaria correspondiente si existe alguna acción u

omisión atribuible a sus funcionarios en la recepción del recurso en la Fiscalía de Aguirre y Parrita, y en el envío al Tribunal Penal de esa localidad, cuatro días después...”.

Se colige que, en especial, es por la necesidad de que impere la seguridad jurídica y de que toda resolución judicial, encontrándose firme, tiene eficacia y debe ejecutarse, que se dispone que, vencido el término para la interposición del recurso (sin que tenga conocimiento el Tribunal que dictó la resolución de la interposición) el mismo se reputa como firme y cabe la ejecución de lo resuelto (efectivamente sería un caos que las partes recurrieran en cualquier lugar o jurisdicción). La ejecutoriedad o cumplimiento de las resoluciones judiciales también forma parte del debido proceso (sentencia 1739- 92 de la Sala Constitucional), pues de nada serviría que se realizara el juicio y se diera todo el trámite a la causa, para que al fin de cuentas, la misma no tuviera eficacia, o no se ejecute (no sería aplicar la justicia). Consideramos acertada la resolución, en todo caso, si el *fallo condenatorio* contuviera vicios de carácter absoluto (violación al debido proceso), el mismo es susceptible de ser revisado mediante el procedimiento de revisión. (Atendiendo a la ratio expuesta, si por ejemplo la impugnación fue presentada a un Tribunal diverso del que correspondía, pero, en tiempo y el mismo es remitido al lugar que corresponde, dentro del plazo, no cabe declarar la inadmisibilidad). Este resulta ser, por tanto, junto con el tiempo de la presentación de la impugnación, un aspecto esencial, (*sustancial*) y no un simple cumplimiento de un rito, la ratio de la sanción de inadmisibilidad no deriva meramente de una cuestión de incumplimiento de aspectos meramente formales, orientados a la consecución del dictado de la resolución de fondo (a través de la fijación de plazos para ordenar la actividad de las partes y así permitir o hacer avanzar el proceso a la fase ulterior o resolución de fondo, como en otros términos para recurrir), sino que arranca de la necesidad de preservar la seguridad jurídica y de que, en aras de la misma, las resoluciones

judiciales, al quedar firmes, producen sus efectos y deben ser ejecutadas (deben cumplirse). La resolución de fondo, en realidad, ya esta dictada (a lo que tienden las normas procesales a permitir), la misma en principio quedará firme, si no es impugnada. A pesar de contener la misma defectos absolutos, que perjudican al imputado, la misma adquiere o debe adquirir firmeza (ejecutarse). El procedimiento de revisión que cabría en esta última hipótesis, sería para hacer cesar los efectos de la resolución final, con carácter de cosa juzgada, que ya quedó firme.

2) *El plazo para interponer el recurso*

15 días a partir de la notificación (salvo en casos complejos), es un término perentorio, fatal, incluso para la defensa y para el propio imputado, en virtud de las razones expuestas. Los quince días, por supuesto *son hábiles y al ser un plazo común a todas las partes empieza a correr a partir de que la última notificación se practique (art. 167)*. En la práctica la lectura de la sentencia es el momento a partir del cual quedan notificadas las partes (en común, aunque no asistan a la misma, o prefiera el acusado no acudir y pedir que se la manden) y ahí empieza a correr el término.

3) *Condiciones de interposición*

El artículo 445 que venimos comentando establece, en las condiciones de interposición, “...*citar claramente las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y la pretensión, ...*” ya hemos señalado que no es necesario en realidad el señalamiento de las normas o leyes inobservadas o erróneamente aplicadas, en lo que toca al derecho, rige el principio de “*iura novit curia*”, es decir, el Juez (con más razón un magistrado o Juez de casación) conoce el derecho, de tal forma que, vasta con señalar el defecto o irregularidad en el cumplimiento de las leyes de forma o rito, o de fondo (diciendo por ejemplo: es un robo simple y no agravado, o el nomen iuris de la norma sustantiva violada), para que sea admi-

sible el recurso; basta que se diga que no se fundamentó, sin necesidad de decir que norma procesal se inobservó y en que norma se dispone la ineficacia del fallo por tal circunstancia, para que el recurso proceda (aunque tal proceder es deseable, es decir citar las normas procesales quebrantadas y la norma que conmina con ineficacia la actuación; o bien la norma erróneamente aplicada de fondo y la que se dejó de aplicar; debe recordarse que la casación es un recurso por violación de ley). En lo que toca a la *necesidad de presentar un escrito fundado* (o razonado, motivado), consideramos que este elemento si es esencial o sustancial a la admisibilidad del recurso (debe explicar las razones por las que se siente agraviado, que vicio en el procedimiento cometió el tribunal, explicar razonablemente los argumentos); una explicación ininteligible, sin razonamiento tan siquiera algo claro, impide que se entre a conocer del mismo por el Ad Quem, pues en principio este tiene limitada su competencia a los agravios expuestos por el quejoso (como habíamos visto). Por último, consideramos, que *aunque no se exprese la pretensión (ni siquiera en forma poco clara), ello no es óbice para que se admita el recurso, pues precisamente del razonamiento, la exposición del agravio y del vicio (o la actividad procesal que se estima defectuosa, absoluta o relativa), establecida su existencia, se colige la consecuencia legalmente dispuesta (efecto jurídico de ineficacia o de modificación de la ley sustantiva aplicable)*. En lo que toca a la expresión de la pretensión (declaratoria de ineficacia de la resolución perjudicial), o la corrección del vicio, resulta conveniente, aunque no sea un requisito ad substantiam o esencial, que el impugnante revise o conozca cuales son las consecuencias legales de la declaratoria de la existencia del vicio que reclama (si es un vicio absoluto o relativo), debe tener claro cual es la norma en donde se encuentra el supuesto de hecho que produce la ineficacia, pues el éxito de su gestión impugnatoria podría depender de la verificación de tales aspectos. (Es decir, los aspectos formales de procedibilidad

que pueden encontrarse ausentes en el libelo de impugnación, no hacen que el mismo sea declarado, ya por ello inadmisibile o improcedente, pero el cumplimiento o verificación de los mismos por el quejoso puede ayudarle a dar una explicación clara de la existencia de los aspectos o requerimientos ad substantiam o esenciales, como lo son, no nos cansamos de repetir: la existencia de un agravio o perjuicio, un vicio o actividad procesal defectuosa, un interés procesal).

4) *Indicación de motivos*

Por último, dispone el artículo 445, *“Deberá indicarse, por separado cada motivo con sus fundamentos. “...Motivos son la inobservancia o errónea aplicación en el fallo de determinadas normas del derecho sustantivo o procesal...Fundamentos son las argumentaciones tendientes a demostrar la existencia del error configurativo del motivo...La fundamentación es una interpretación o explicación de los motivos, de ahí la dependencia con el motivo, debiendo tener una congruencia con el motivo...”*³¹. Este, tampoco es un requisito ad substantiam, o esencial, lo cierto del caso, como vimos, bien podría no mencionarse la norma o normas inobservadas o erróneamente aplicadas (formales o sustanciales), sino tan solo explicar que se violentó el debido proceso, o lo dispuesto en la ley, la constitución o los tratados internacionales (por ejemplo el derecho de defensa, al no nombrarse un traductor en la indagatoria), por que la resolución le perjudica en sus intereses y como el vicio le afectó. Tampoco es motivo para declarar inadmisibile un recurso en que no se da una adecuada separación de motivos y fundamentos, o la no correspondencia de unos y otros (siendo lo relevante la fundamentación); no obstante, estos requisitos, que llamamos no esenciales (ad substantiam), pueden ser omitidos y no provocan, como consecuencia, la inadmisibilidat del recurso, son relevantes a los efectos de que

³¹ Llobet. *Ibidem*. Pág. 843.

la fundamentación (razonamiento intelectual y que versa sobre las cuestiones sustanciales), sea inteligible o clara, por lo que es menester y aconsejable que se utilice por los que presentan los recursos esta forma (la que a su vez facilitará la comprobación de los aspectos esenciales o requisitos ad substantiam por el ad quem).

Lo relevante es la fundamentación inteligible de los aspectos esenciales (mencionados en los puntos A) y B) del capítulo primero). Los defectos formales que no son ad substantiam, o no esenciales, en realidad en la práctica no se le solicita a la parte que corrija los mismos, por parte de la Sala (art. 15 del Código Procesal Penal). Aunque no citara los motivos o normas en que se encuentra como conminada con sanción de ineficacia la actividad procesal defectuosa, o que norma establece como viciado el procedimiento, o la pretensión, o no se separaran los motivos de los fundamentos, o los motivos no fueran congruentes con el fundamento, por las razones expuestas. (es suficiente que del libelo se desprenda de forma inteligible la posibilidad de la existencia de dichos aspectos esenciales, que el quejoso lleva razón, para declarar admisible el recurso).

5) Extemporaneidad para nuevos motivos

Por último, este artículo 445 señala, que *fuera de esta oportunidad* (de la presentación del recurso) *no es posible alegar o aducir ningún otro motivo* (es decir durante la audiencia oral cuando fue solicitada, por ejemplo), esto por cuanto los vicios no reclamados en tiempo, se entienden como subsanados (aunque claro pueden ser alegados nuevos motivos, cuando los mismos dan lugar a defectos absolutos y causaron indefensión o violación del debido proceso, cuando el fallo fue condenatorio y a favor del imputado, como vimos supra). Repite aquí la ley lo que ya se encuentra en otros numerales y con el fin de recordar a las partes o al que desea presentar el recurso, que en la medida de lo posible, el mismo debe ser completo y que, fuera de esta oportunidad, no

podrá, posteriormente, extender su reclamo³².

CAPÍTULO 3. ALGUNAS CAUSALES DE INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL (EN ESPECIAL SOBRE LA SENTENCIA). MOTIVOS DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Toda violación o transgresión a la ley procesal, o actividad procesal defectuosa, que no se haya convalidado, (arts. 175 a 179 del Código Procesal Penal, en los términos dichos) y que tiene influencia en el dispositivo (o pudo haber influido en él), puede dar lugar a la procedencia del recurso de casación³³. El Código, además de dichas hipótesis

³² Por la vía de la adhesión no cabe al que interpuso el recurso, proceder a presentar otros motivos, u otro recurso. El voto: 499-2000, de la Sala Tercera expone: "...si el artículo 453 del Código de Procedimientos Penales disponía que "El que tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del término del emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda" (la negrilla no es del original), por "otro" no podía entenderse al propio defensor del gestionante, sino que solo se refería al recurso concedido a la parte adversaria o contraparte del sujeto adherente o, en un sentido más amplio, a la co-parte, pues: «En efecto, el sistema de la adhesión tiene por fundamento histórico el principio de igualdad procesal de oportunidades entre las partes: por este medio se tiende a favorecer a quien no recurrió pudiendo hacerlo, permitiéndole que pueda impugnar la resolución fuera de término (pero dentro del término del emplazamiento) cuando así se lo aconsejan los motivos del recurso concedido a la parte contraria» (Sala Tercera, V-468-A de las 9:15 hrs. del 22 de octubre de 1993. En igual sentido la resolución V-211-A de las 10:00 hrs. del 21 de diciembre de 1994). Este criterio encuentra respaldo en la doctrina que nos informa sobre el origen y naturaleza de la adhesión (cfr. AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Argentina, Editora Córdoba, págs. 153 a 159; NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Argentina, Editora Córdoba, 1986, pág. 442; VESCOVI, pág. 173 a 177; VAZQUEZ RORRI, Jorge y otros: *Código Procesal Penal de La Nación*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 104 a 105; EDWARDS, Carlos: *Régimen del Proceso Penal de La Nación*, Argentina, Editorial Astrea, 1994, 1991, págs. 350 a 351). Si bien es cierto la redacción del artículo 425 del nuevo Código Procesal Penal no alude expresamente a "otro", la interpretación histórica y sistemática del instituto impide aceptar que el defensor se adhiera a su patrocinado o viceversa, pues sería una forma desleal de burlar la limitación que impone el artículo 445 (según el cual fuera de la oportunidad en que se interpone el recurso la parte recurrente no podrá aducir otro motivo), y daría lugar a una posición desigual de oportunidades entre las partes...", por lo que se declara inadmisibile. Aunque claro si se solicitó vista y existen defectos absolutos no alegados, pueden hacerse ver.

³³ La existencia del contradictorio la facultad de intervención de las partes y la igualdad forman parte del debido proceso. Si se limita la intervención del Ministerio Público, la jurisprudencia ha establecido, por ejemplo que, *si se coarta esa libertad*

(que son *numerus apertus*), menciona en el artículo 369, como defectos que justifican casar el fallo, otras hipótesis, como las siguientes:

A) (369 INCISO H) LA INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA CORRELACIÓN ENTRE LA SENTENCIA Y LA ACUSACIÓN

El artículo 365 dispone: “La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querrela y, en su caso, en la ampliación de la acusación...”.

Las reglas procesales (el *iter*), constituye el conjunto de normas a seguir por el juzgador a los efectos de resguardar las garantías penales y evitar la arbitrariedad, para determinar si le es posible, dentro de este marco, llegar al convencimiento sobre la verdad de los hechos acusados³⁴, fundamentándose en las pruebas y en una explicación racional (demostración en juicio de culpabilidad), o si ello no es posible

*no puede afirmarse que las inferencias consignadas en el fallo obedezcan en realidad a lo que eventualmente pudo haberse demostrado tras un juicio normalmente dirigido (violentándose el debido proceso). “...En el debate, es al juez que preside, a quien corresponde moderar el contradictorio, otorgando el turno para que cada sujeto procesal pueda hacer las intervenciones que correspondan y a la vez, impidiendo que la discusión exceda el **thema probandum**. No obstante que, para velar por el desarrollo normal de la discusión, el Presidente podrá ejercer el poder disciplinario, llamando a las partes al orden y rechazando las preguntas que resulten impertinentes, capciosas o sugestivas, tales atribuciones deberá ejercerlas con suma prudencia, pero sin olvidar que como juez es contralor del debate y que en tal condición, no puede asumir funciones reservadas a otros sujetos procesales, ni incursionar de tal manera en el interrogatorio, que obstaculice, imposibilite o niegue ...el ejercicio de la acusación o la amplitud de la defensa...” (artículo 2, 6 párrafo tercero, 12, 128 y 335 del Código Procesal Penal)...Un protagonismo excesivo del Tribunal, tanto cuando asume por sí mismo el interrogatorio sin dejar posibilidades de cuestionamiento para las partes, como cuando impide que estas interroguen sobre cuestiones relevantes, compromete la imparcialidad del juzgador y lesiona severamente el principio del debido proceso, en especial el derecho de defensa y su corolario el derecho de audiencia...” (Voto: 140-2000. Sala Tercera)*

³⁴ No está dirigido el proceso a determinar o establecer la verdad real sobre algo, incluso puede llegarse a considerar por el Juez que el hecho acontecido en la realidad en más grave o diverso de lo acusado, pero no le es lícito pronunciarse sobre ello. Como hemos indicado en otra oportunidad el fin del proceso no es determinar la verdad real (cualquiera que esta sea).

dentro de ese conjunto de reglas preestablecidas. El rito, o proceso, tiene un destino o fin, que se llegue a verter un pronunciamiento jurisdiccional sobre la acusación (pretensión), que durante el proceso, y en la misma resolución final, se protejan o se hayan respetado las garantías penales (un debido proceso) y que, en caso de que vertiera un fallo condenatorio, en caso de que ello eso no fuera así, se decreta la ineficacia de lo actuado. También se debe declarar la ineficacia de la actividad procesal defectuosa de la sentencia que absuelve al indiciado o perjudica de alguna manera a los intereses (intervención) y participación de los sujetos procesales (que afecta al debido proceso o derecho de defensa de los mismos) y los mismos no se han convalidado.

El proceso penal surge a partir de la imputación o atribución de la comisión de un delito a una persona (dentro de cualquier acto de investigación o del procedimiento, artículos: 81,12, 88); en ese momento surge el derecho del acusado o imputado a conocer de que se le acusa, todo con el fin de iniciarse la actividad procesal y el efectivo derecho de defensa (oposición, ofrecer prueba, etc.). El proceso no solo surge a raíz de la imputación o acusación, la misma es el objeto del proceso (pues como habíamos afirmado el fin del proceso es determinar la posibilidad de que un juez llegue al convencimiento sobre la verdad de la acusación, de conformidad con una serie de reglas), sobre lo que se acusa, o los hechos que se acusan es sobre lo que versará la defensa; la prueba también irá en torno a la acusación (pues la misma es la que permitirá verificar o no, al ser analizada, si la hipótesis acusatoria es susceptible de ser confirmada y no se encuentra refutada o existen hipótesis fácticas alternas, lo que se acusa es el *thema probandum*, por lo que la utilidad o necesidad de la prueba en cuanto a su recolección, evacuación y valoración irá en relación a ella; la actividad del juzgador esta limitada, en todo momento, a lo acusado pues el Tribunal no podría llegar a tener por acreditados hechos diversos de los acusados y excediéndose de ese marco fáctico (lo que podría constituir

una condenatoria oficiosa, sin acusación, lo que violenta el principio ne procedat iudex ex officio, pero además ello violentaría el derecho de defensa, pues podría implicar una condenatoria por hechos por los cuales el acusado no fue intimado, ni pudo defenderse, ni conocer), de ahí que se afirme que la acusación es lo que sirve de marco máximo a la competencia del juzgador; pero también la acusación es el marco fáctico mínimo sobre los aspectos que debe pronunciarse el mismo, sin que le sea lícito omitir algún o algunos hechos o aspectos de lo que se le ha solicitado se pronuncie (de la pretensión).

No puede esperarse que la acusación efectuada al inicio del procedimiento sea absolutamente la misma que la acusación presentada al solicitarse la apertura a juicio respectiva (si durante la tramitación del asunto o procedimiento el fiscal, luego de efectuada la indagatoria inicial, constata la existencia de nuevos hechos que podrían constituir delitos diversos, no acusados, debe poner en conocimiento del acusado los mismos y permitir que sobre ellos ejerza el derecho de defensa, igual debe suceder si encuentra circunstancias de agravación o que podrían constituir el delito continuado); pero una vez efectuada la acusación o solicitud de apertura a juicio, aprobada esta, no es posible de ser modificada la acusación por el Ministerio Público *de manera esencial* (durante el juicio) a pesar de aparecer nuevos hechos o nuevas pruebas que hicieran ver la existencia de otros y diversos delitos, la única salvedad establecida en la legislación es cuando los nuevos hechos o las nuevas circunstancias integraran (con los hechos acusados) que produjeran un cambio en la calificación legal (circunstancias de agravación, anteriormente)³⁵ o constituyeran delitos conti-

nuados y claro, incluso en dichas hipótesis se

tivos de cuatro delitos diversos a los atribuidos y que no se encontraban contenidos en la acusación. El Código de Procedimientos Penales, actual, parece ser más amplio que el Código de Procedimientos Penales de 1973, que autorizaba la ampliación de la acusación sólo cuando el nuevo hecho o circunstancia integrara un delito continuado o una “circunstancia de agravación” (por ejemplo pasar de homicidio simple a homicidio agravado, o violación simple a calificada, robo simple a robo agravado, pues un cambio en la figura base o tipo penal aplicable constituía una modificación esencial, no permitida); pero al disponerse, ahora, que puede ampliarse la acusación con hechos o circunstancias que pueden hacer variar la calificación jurídica, implica, en nuestro criterio, que se puede variar la figura base o tipo de las diversas acciones, pensamos que, por ejemplo, podemos incluir hechos o circunstancias nuevas que hagan necesario recalificar lo acusado, verbigracia pasar de hurto a robo agravado (el robo no es una figura agravada del tipo base hurto, pero nadie duda que existe unidad de acción y el hecho es el mismo el siguiente ejemplo: se acusa que Juan despojó de la billetera a Pedro, se la sacó subrepticamente del pantalón; pero en el juicio Pedro refiere que cuando notó que le quitaron la billetera corrió tras de Juan para evitar el despojo, sin perderlo de vista, y que Juan sacó una cuchilla para lograr llevarse la misma, circunstancia esta última no conocida con anterioridad, es evidente que en tal hipótesis se podría ampliar la acusación, que existe una unidad de acción, el hecho es básicamente el mismo), no obstante ello constituye un cambio que antes denominábamos esencial por importar un delito diverso y modificarse la “calificación legal del hecho” (algunos incluso estimaban que pasar de lesiones leves a lesiones graves, cuando se ampliaba el dictamen médico implicaba un cambio de calificación legal, sustancial). Con el nuevo Código Procesal Penal ya no interesa que los nuevos hechos o circunstancias, que surjan en el debate, importen un cambio en la calificación jurídica, a los efectos de establecer si el cambio o modificación es esencial o no, sino que lo importante es que (el hecho) los hechos acusados, en su esencia o sustancia, no sean variados o modificados, se otorgue el derecho de defensa en el plazo previsto, etc. Pero el problema estriba, en nuestro criterio, en determinar cuándo la modificación fáctica que se pretende introducir o que fue introducida en la acusación tiene carácter esencial, pues resulta evidente que no todo hecho o circunstancia nuevo, que se conozca en la audiencia, potencialmente constitutivo de delito, puede ser conocido (por ejemplo se esta conociendo de un delito de lesiones presuntamente cometidas por Juan en perjuicio de María, pero en el debate se establece que ese día lesionó también a Pedro, etc.), sino que es necesario que el hecho o circunstancia nueva que hace posible la ampliación, tenga relación con la acción o conducta, presuntamente delictuosa, que se esta investigando (unidad de acción); para establecer cuando existe esa relación resulta también importante lo que la ley establece con respecto a cuando existe unidad de acción (concurso ideal) y cuando no la hay (concurso material); así como atender a la experiencia o lo que las personas estiman corrientemente como unidad de acción, así como al criterio normativo; por lo que, concluimos, existirá un cambio esencial en lo acusado cuando dicho cambio importe o integre una nueva acción, un delito diverso (en concurso material). El recurso a que se alude en esta contestación no ha sido resuelto a la fecha, es el siguiente: Expediente: 98-001181-276-PE, del Tribunal de Primer Circuito Judicial de San José. Delito: Abusos Deshonestos Agravados.

³⁵ He sostenido con anterioridad, la siguiente tesis: “...El numeral 347 del Código Procesal Penal, que prevé la posibilidad de requerir la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querrela, lo es de aquellos que “modifiquen la calificación legal” o “integre un delito continuado”, presupuestos que no se cumplen en el asunto examinado, en el tanto la corrección habría versado sobre cuatro hechos concretos, esenciales, consti-

debe poner en conocimiento la ampliación de la acusación al imputado para que sobre ello ejerza el derecho de defensa³⁶. Tampoco es posible esperar, dada la naturaleza misma del proceso, una correspondencia exacta entre la acusación contenida en la solicitud de apertura a juicio y los hechos acreditados, lo importante es que no existan divergencias esenciales, o se viole el derecho de defensa, la Sala Tercera de la Corte ha mencionado:

“...no cualquier divergencia entre lo acusado y lo resuelto en sentencia acarrea la nulidad de esta última, toda vez que, por la misma naturaleza del proceso, no siempre se puede alcanzar una correspondencia absoluta entre ambas piezas (ver Votos No. 137-F de las 9:10 horas del 24 de abril de 1992, o bien, No. 95-F de las 9:35 horas del 12 de marzo de 1995). *Lo importante en estos casos, de acuerdo con los principios que informan el proceso, es que se respete el núcleo fundamental de la acusación, a fin de evitar sorpresas para las partes, y - por ende - una inobservancia al derecho de defensa de estas* (también de esta Sala, entre otros, los Votos No. 397-F de las 9:30 del 12 de agosto de 1994, No. 353-F de las 14:50 horas del 18 de julio de 1996, o No. 444-F de las 15 horas del 21 de agosto de 1996). Esta inobservancia o quebranto a los principios citados no se produce en el presente caso, pues a Soto Vargas se le endilgó haber participado en un robo cometido en cuadrilla (entre tres o más personas) el día treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve en perjuicio de González García, y, luego de un estudio cuidadoso y objetivo del expediente, por ese mismo hecho fue que se le condenó a descontar seis años de prisión. El que a uno de los imputados se le absolviera, en tanto otros fue-

ron condenados, no constituye, como lo estima el demandante, un quebranto al principio que estima violentado, pues no puede olvidarse al respecto que son los juzgadores, a través de las reglas, pautas o cánones que gobiernan el debate (contradictorio, mediación, continuidad, oralidad, etc.) los que deben valorar la prueba y determinar, de acuerdo con lo que esta señala, quienes han participado y son, en consecuencia, responsables del ilícito. No existe inobservancia alguna al debido proceso ni al principio de congruencia de marras, si como producto de las resultas del juicio, uno de los que fueron señalados en un inicio como encartado se le absuelve de toda pena y responsabilidad, sea cual fuera la razón por la que se llegó a tomar esta decisión (es decir, sea porque no existía prueba en su contra o bien sea porque no se demostró que hubiese tenido participación en el hecho). En todo caso, véase que en ningún momento en sus alegatos el quejoso demuestra el interés procesal por el cual reclama el defecto descrito, ni el agravio sufrido por el actuar del Tribunal en este sentido, para sentirse así legitimado en solicitar la nulidad del fallo. Por el contrario, se limita a mencionar la existencia de las diferencias que cita, sin indicar cómo afectan su derecho de defensa o el debido proceso, ni qué incidencia tienen en torno a lo acreditado finalmente por los juzgadores. No sobra agregar, en torno a este tema, que la propia jurisprudencia constitucional ha señalado que no siempre es posible lograr precisar temporalmente los hechos de manera absoluta, como lo pretende el sentenciado, pues si bien “...es verdad que la debida comprobación de todos los elementos de hecho que conforman la acción delictiva investigada, deben quedar claramente definidos en la sentencia condenatoria por parte el órgano encargado de la aplicación de la sanción... debe señalarse que no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuándo sucedieron

³⁶ Observar al respecto la sentencia de la Sala Tercera número: 925-2002, que se agrega en el **Anexo 1**, en que de oficio, procedió a declarar la ineficacia del fallo, por haberse violentado el derecho de defensa, puesto que la acusación no imputaba o atribuía en realidad delito alguno al acusado, no obstante los jueces de sentencia, variando de forma esencial el cuadro fáctico, procedieron a condenar.

los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la determinación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello, lo correcto es afirmar que sólo existirá una violación del derecho al debido proceso del imputado si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada” (Voto N° 2812 de las 14.48 horas del 28 de abril de 1998). Esta precisión, siguiendo los parámetros que se establecen en el anterior pronunciamiento, tampoco puede exigirse respecto a los demás elementos que conforman la requisitoria fiscal, pues atendiendo a lo expuesto, por la misma naturaleza del proceso, muchos de estos elementos no se logran demostrar o clarificar de manera absoluta, siendo a la vez común incluso, una vez evacuada y discutida la prueba, que algunos varíen o se descarten. Así las cosas, no asistiéndole razón al accionante, se declara sin lugar el primer motivo de su solicitud...”. Voto: 012-2002 de la Sala Tercera.

La correlación entre acusación o sentencia, como se observa, se refiere a los hechos, nada obsta para que el Tribunal de a los mismos una calificación diversa de la contenida en la acusación (se imputan hechos, no calificaciones legales y es sobre los primeros sobre los que versará en principio la defensa). La simple variación a la calificación jurídica de los hechos acusados no violenta el debido proceso (Sala Constitucional Voto: 5741-96). El artículo 365 párrafo segundo claramente establece esa posibilidad, que el Tribunal puede, en sentencia, dar al hecho una calificación diversa a la contenida en la acusación. Por su parte, es de hacer ver, que el artículo 346 establece que si en el curso

del juicio el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, “podrá” advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. (posibilidad o potestad del tribunal que algunos podrían considerar es más garantista), pero no atenta, ni violenta el debido proceso o el derecho de defensa, en efecto, pensamos, el simple cambio de la calificación jurídica no implica ello (son los mismos hechos acusados los tenidos por acreditados y por los que se le condenó, no hay sorpresa en cuanto a los mismos, sino en cuanto a la calificación legal, el nomen iuris y la sanción a imponer). Nótese que el artículo 346 es potestativo, si bien ello puede considerarse deseable, no es vinculante y necesario que, en todos los casos, se le haga el imputado o a las partes, la observación de la posible otra diversa calificación jurídica, en algunas hipótesis tal subsunción alternativa o diversa y que es en criterio del Tribunal la correspondiente, podría efectuarse al retirarse a deliberar. La subsunción o calificación legal de los hechos que efectúa el acusador es meramente provisional (tal vez incluso para cuestiones de competencia), la subsunción o calificación legal definitiva (aplicación del derecho), corresponde al Juez de sentencia en forma exclusiva, por lo que la contenida en la acusación no le vincula en absoluto (afirmar que cuando ya en la deliberación se determina que los hechos tienen una calificación jurídica diversa de la contenida en la acusación no se puede variar la misma, por no haberse hecho ver a las partes la otra posible calificación jurídica, sería como admitir que la calificación legal efectuada por el acusador vincula al juzgador); además estar el Tribunal de juicio advirtiendo a las partes de la posible calificación diversa no tenida en cuenta por ellos, bien podría ser tomado como un adelanto de criterio, en algunos casos.

B) (369 INCISO B) “QUE FALTE LA DETERMINACIÓN CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO”

La determinación circunstanciada del hecho que se tiene por demostrado (implica establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la acción, como ya se comprenderá), resulta relevante que, como se afirmó supra, no necesariamente las mismas deben calzar o responder en forma exacta con las descritas en la acusación, sino que puede tener algunas variantes (puesto que en el debate medio la ventaja de la inmediación etc.), siempre y cuando dichas variantes no impliquen una violación a los intereses de la defensa (concretos) y no versen sobre aspectos esenciales. No es necesario que determinar el momento exacto de la comisión de la acción, o el lugar (en debate puede lograrse una mayor precisión, o modificarse algún aspecto). “...De manera repetitiva ha dicho la jurisprudencia nacional que la circunstanciación cronológica y física que exige la legislación procesal penal, es la relativa a los elementos de convicción y demostrativos que pueda haber en la especie de cada caso concreto. Nótese que no es *a cada caso*, lo que podría redundar en que se mal entienda que, no habiendo pruebas en un cierto asunto, se crea satisfecho ese imperativo con una descripción somera tendiente a la condenatoria. En tal tesitura lo que procedería es la absolutoria. El concepto en punto a la circunstanciación es relativo a la *especie de cada caso*. Con esto se hace referencia a que hay algunas categorías de hechos investigados en los que, por principio, no puede esperarse que se de con precisión sus datos temporales o espaciales. Piénsese en hechos inusualmente antiguos, los que tienen dificultades para probar el momento, mas no para demostrar la autoría y forma de comisión del hecho, u otros en que el proceso natural de pérdida de la memoria lleva a que los testigos no puedan indicar con exactitud su localización histórica, pero sí pueden describir con puntualidad y convicción lo sucedido. Justamente este es uno de los últimos. En este género de situaciones, lo importante será que

la imprecisión no haga peligrar la posibilidad de las partes para contradecir y cuestionar los hechos, convirtiéndolos en etéreos o abstractos, so pena de violentar sus derechos y causarles indefensión. Sin embargo, en situaciones como la que ocupa este fallo, el relato de las menores, si bien no permite a diez años vista la ubicación precisa de las acciones emprendidas en su contra por el acusado, sí posibilita su cuestionamiento y contradicción, sin que por otra parte pudiera aspirarse a una mayor exactitud cronológica. Por lo demás, no percibe la Sala cuál habría sido el interés de describir la ruptura del himen de las víctimas...”. (Voto: 932-2000 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

B) INCORPORACION O UTILIZACION DE PRUEBA ESPURIA

(369 inciso c) “Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en este Código”. En realidad el inciso constituye una falta de fundamentación, por ser la misma ilegítima, subsumible dentro del siguiente inciso. Como posibles hipótesis tenemos la incorporación o utilización de pruebas espúreas³⁷, o bien incorporación por lectura de anticipos jurisdiccionales de prueba que no debían siquiera haberse realizado, etc. Lo importante es que dichas pruebas hayan tenido un valor decisivo, como veremos. (nótese desde ya la dificultad, en algunas ocasio-

³⁷ El proceso y, más correctamente, el debido proceso, se instaura en protección del ser humano, de su dignidad, en aras de evitar en lo posible la arbitrariedad. Si las instancias de control (fiscales, policías, jueces) se erigen en una democracia en aras de tutelar al ser humano y sus derechos (bienes jurídicos), sería absurdo que el mismo Estado estuviera legitimado para “en aras del valor justicia” o de “la verdad”, proceder a violentar de forma arbitraria o irracional los derechos de los administrados. La prueba en que se funda el juicio, ha de ser lícita. No puede darse el carácter de “verdad procesal” a la verdad formada a partir de pruebas espúreas (ejemplos hay muchos, registros personales sin motivo suficiente en donde se afirma por ejemplo que se encontró un arma prohibida; allanamientos de morada sin juez de garantías; etc.).

nes de diferenciar entre un motivo de casación y otro, pues al fin y al cabo la fundamentación ilegítima, o contradictoria, equivale a ausencia de fundamentación).

D) FALTA O AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN:

(369 inciso d) “Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación..., o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

Falta la fundamentación cuando la misma es inexistente. Es insuficiente la misma cuando se refiere o da alguna explicación o motivación, pero la misma no es clara, o bien no es todo lo extensa que debiera serlo para ser inteligible. Es contradictoria la fundamentación cuando la explicación o razonamiento vertido a lo largo del fallo atenta contra las leyes de la lógica (principios de identidad, contradicción), por ende se anula a sí misma. En realidad, aunque parezcan causales diversas (o motivos) todos se reconducen a una sola cuestión, equivalen a la ausencia de fundamentación.

La fundamentación debe ser clara, expresa, en ella se consignan los motivos o razonamientos que llevaron al juzgador a verter el dispositivo; debe ser también derivada (es decir que es posible determinar el origen o de donde se extrae cada afirmación). (La sentencia debe estar redactada de tal forma que cualquier persona del pueblo pueda entenderla, pues precisamente debe ser posible controlar el iter lógico y todos los razonamientos que constan en el fallo por parte del pueblo, de las partes, incluido el imputado, y el superior).

La obligación del Tribunal de fundamentar sus resoluciones, con mayor razón aun la sentencia, es la máxima garantía contra la arbitrariedad, pues todo acto estatal (y la sentencia lo es), en una democracia, debe ser imperio ratione y no ratio imperio; si el juez no debiera motivar y si no fuera posible ejercer control sobre las disposiciones del juez, su poder sería abso-

luto (y el poder absoluto corrompe absolutamente) y, por lo expuesto, no cualquier fundamento o motivación puede ser base del juicio, sino aquel que es “razonable”, conforme al recto pensar y la misma ley. “...la motivación no es un acto de cortesía para con las partes, ni una mera formalidad de la que pueda prescindirse cuando al juzgador le parezca conveniente. La esencia de la fundamentación consiste en servir como garantía contra la arbitrariedad, pues sólo a través de una decisión justificada, tanto de las partes como el ad-quem estarán en condiciones de controlar la idoneidad o corrección de las decisiones jurisdiccionales. Para cumplir con esa finalidad, no basta con el Juez describa el hecho denunciado, o que exponga el contenido de la prueba, sino que debe ponderarla de acuerdo a las máximas de la experiencia y lógica. Estas reglas fundamentales de argumentación jurídica tradicional, denominadas “normas de la sana crítica, son exigibles en todos los ejercicios de razonamiento que pretendan respaldar de manera razonable una decisión determinada...” *Sala Tercera. Voto: 825-01.* “...Mediante la razón es posible, desde el punto de vista teórico y práctico, alcanzar una “verdad judicial” que a pesar de ser relativa (¿cuál verdad es absoluta?) es necesaria para producir decisiones justas y salvaguardar el garantismo. La legitimidad de las decisiones judiciales, en un Estado democrático, sólo puede ser de tipo racional. Pero, además, la razón posibilita fiscalizar técnicamente el razonamiento justificatorio del tribunal de juicio, lo cual es jurídicamente necesario, para posibilitar el control democrático sobre la administración de justicia, pues “Si el pueblo es el titular de la soberanía el ejercicio del poder judicial (las sentencias) deben legitimarse mediante una justificación racional (motivación) susceptible de ser comprendida y valorada críticamente por la ciudadanía”.³⁸

³⁸ Profesor: Jore Luis Arce Víquez. “La Persistencia de la Inquisición” (Cuál es el objeto de la Casación Penal)”. En Una Oportunidad Para Reflexionar. Libro del XXV Aniversario del Ministerio Público en Costa Rica. Pag. 229.

Anteriormente, se dividía como un motivo (o vicio) diverso la ausencia (o falta) de fundamentación, la insuficiencia de fundamentación y la fundamentación contradictoria, no vemos la utilidad de la diferenciación, sino para efectos didácticos. También, tradicionalmente se ha afirmado, constituye un motivo (o vicio) diverso de la fundamentación y el referente al vicio que se da al valorar la prueba, a la violentar las reglas de la sana crítica (la experiencia, la lógica o la psicología), no obstante, pensamos que lo cierto del caso es que el aspecto de si se violentaron o no las reglas del recto pensar al valorar la prueba, es también una cuestión que se reduce a la fundamentación del fallo. Incluso se habla de que la sentencia tiene que tener una fundamentación descriptiva y una fundamentación intelectual; la primera alude a la necesaria descripción de los medios o elementos probatorios con que se contó o se tuvieron en cuenta para la resolución y la segunda hace referencia al los fundamentos o motivos por los cuales esas pruebas merecen o no credibilidad (a su valoración).

La valoración de la prueba, por principio, corresponde con exclusividad al juzgador y, para establecer la existencia de un vicio de sana crítica³⁹ en su proceder o razonamiento, lo

que se debe impugnar es ese razonamiento (pues el mismo no es acorde a las normas del recto pensar, o la aplicación de las leyes o

iguales y trata de que su sentencia logre un convencimiento en la comunidad, o en el lector, utilizando normas que la comunidad estima como lo común y lo ordinario, lo adecuado en el medio de cultura (de conformidad con los desarrollos científicos generalmente aceptados). Por ejemplo, se creía que la tierra era plana, el centro del universo; a falta de verificación empírica de lo contrario, esa creencia o esa afirmación era verdadera en ese medio de cultura. A fin de cuentas la prueba (por ejemplo: el testigo), lo que nos brinda es información, nos permite adquirir un conocimiento sobre el hecho, y así, verificamos en primer lugar si es amigo o enemigo del indiciado, si por ejemplo afirma que está seguro de que fue el indiciado le preguntamos de dónde deriva esa afirmación o conclusión; luego confrontamos esa información con el resto de pruebas o informaciones. "...Las reglas de la sana crítica son las de la experiencia, la psicología y la lógica. Las primeras se refieren al conocimiento que un hombre común tiene sobre una situación de la vida, para lo cual debe partirse de la condición de hombre común que tiene el juzgador, por lo que el límite de estas son los conocimientos técnicos especializados. Las de la psicología se relacionan con conocimientos básicos y no con las reglas elaboradas de tal ciencia, como por ejemplo al recibir la declaración de un testigo debe considerarse entre otros aspectos si la persona se muestra más nerviosa de lo que debería en ese momento, si contesta evasiva o directamente y sin rodeos, si tiene un nivel de preparación alto, medio o bajo, y todo ello debe consignarse en la sentencia. Las reglas de la lógica implican que el ejercicio intelectual del juzgador debe tener coherencia (concordancia entre sus elementos) y derivación (necesidad de una razón y justificación adecuadas para pretender estatuto de verdad). La coherencia ordena la aplicación de los principios de identidad, de contradicción y del tercero excluido. La derivación induce a la obligatoriedad de que la sentencia sea congruente (las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben guardar adecuada correlación entre ellas), verdadera (el razonamiento debe derivar de razonamientos verdaderos) y suficiente (los elementos base del ejercicio intelectual deben ser aptos para producir razonablemente su convencimiento cierto o probable sobre el hecho)...". **Sala Tercera, Voto: 213-2001.** "...La máxima de la experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente un conocimiento probable. Esto no les priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal consideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de la búsqueda de la verdad de los hechos...Por otra parte, resulta necesario decir que no todas las máximas de la experiencia estarán dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un hecho probatorio a otro que pueda considerarse probado...Así, mientras algunas máximas de la experiencia –piénsese en las que rigen la pericia dactiloscópica- gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras podrán ser el fruto de un reducido número de datos empíricos, e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas...". Andrés Ibañez, Perfecto. "Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal". En Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Julio 1996. Año 8. N. 11. Pág 5.

³⁹ Que es el recto pensar o sana crítica? ¿Constituye un método de valoración acabado, definido? Se ha dicho que la sana crítica está integrada por las normas de la lógica, la sicología, la experiencia. ¿Deberá tener el juez (o el fiscal) conocimientos especiales de sicología, o aprender todas las leyes de la lógica, que son las normas de la experiencia? En cuanto a la lógica, la misma no parece brindarnos una solución para determinar si la conclusión a que se llega es verdadera o falsa; volvamos al ejemplo: Juan es nicaragüense, todos los nicaragüenses mienten, por tanto Juan miente (el razonamiento es lógicamente adecuado); pero es falso puesto que la experiencia nos indica que no cabe efectuar tal generalización, que es una mera apreciación subjetiva, arbitraria. En cuanto a la sicología, incluso se duda del carácter de "ciencia" de la misma y no creemos que ningún juez o fiscal tenga conocimientos de la misma. Erróneamente se ha procedido a llamar a un sicólogo para que nos diga si fulano miente o no, conclusión a la que, por las leyes de su arte no puede llegar, simplemente concluir que "le parece veraz o mendaz", de conformidad con la aplicación de dichas leyes (la fijación de si el testigo miente o no, corresponde exclusivamente al juez o al fiscal en la etapa preliminar). Los conocimientos que se requieren para juzgar y valorar la prueba son los del hombre medio, el juez, quien juzga a sus

normas del recto pensar efectuada es errónea, de haberse aplicado las mismas en forma correcta la inferencia efectuada sería otra), sin que sea dable al quejoso, por simplemente no estar conforme con dicha valoración, proceder a efectuar su propia valoración de las probanzas y tratar de imponerla la misma ante la Sala de Casación⁴⁰. *La Casación es por decirlo así, un juicio sobre el juicio, un análisis sobre los fundamentos que llevaron a tomar la decisión (condenatoria o absolutoria), no interesa si la decisión adoptada es la correcta (según nuestro criterio), no es un juicio sobre el hecho, sino de la motivación (ya el indiciado fue condenado o absuelto, lo que interesa es si las razones que llevaron a tomar tal decisión o se esgrimen en su favor son valederas; el procedimiento de casación no se dirige a brindar un pronunciamiento sobre hipotética inocencia o culpabilidad del acusado, sino a controlar las razones o motivos a favor de la decisión adoptada).*⁴¹ En todo caso, resulta útil cuando se alega un quebranto a la sana crítica, que el quejoso expresamente mencione en forma clara cual es la norma del recto pensar que se violentó, por que estima que se quebrantó el mismo; de no haberse quebrantado el mismo como ello incidiría en el resultado (o hubiera venido a variar la apreciación del juzgador sobre tal prueba) y, extremadamente importante, debe hacerse ver como dicha prueba (erróneamente apreciada), el yerro, influyó de manera decisiva en el dispositivo, a tal punto que si hipotéticamente se corrigiera el vicio, los motivos que llevaron al Juzgador a verter el fallo quedarían insubsistentes). Debe recordarse que este inciso del artículo 369 del Código Procesal establece que es un vicio que justifica la casación el que se quebranten las normas del recto pensar en “*medios o elementos de prue-*

ba de valor decisivo”, de tal forma que si el medio o elemento de prueba no tiene tal carácter, no tiene por que declararse ineficaz el fallo (carece de interés el reclamo).

Otro posible vicio, o motivo, relacionado con la fundamentación, lo es la utilización de pruebas ilícitas (o medios o elementos de prueba no legalmente introducidos al juicio), encontrándonos ante una *fundamentación ilegítima*; o bien que la prueba no fue valorada (a pesar de que fue admitida y evacuada), lo que constituye una “preterición ilegal de prueba”, lo que hace que la fundamentación no resulte legítima (por ejemplo declarar como pruebas ilícitas aquellas que en realidad no lo son)⁴². Vicios de la sentencia que motivan la casación, se reitera, si esos medios o elementos de prueba son de valor decisivo. *Para la determinación de cuando un medio o elemento de prueba tiene un valor decisivo es menester proceder, según sea el caso, a su exclusión o a su inclusión hipotética dentro de la estructura o razonamiento del fallo, si una vez efectuado ello, razonablemente, esto produciría una modificación del dispositivo, la prueba es decisiva* (por ejemplo: se acusa que la sentencia se fundamentó de forma esencial en un allanamiento ilegal y el secuestro practicado a raíz del mismo; pero resulta que existe toda una serie de pruebas independientes de dicha probanza y que, por si solos, razonablemente, siguen manteniendo el fallo en cuanto a sus argumentos o motivos por los

⁴⁰ En realidad el asunto es complejo. Para determinar si existió un error en el procedimiento de valoración es menester proceder de nuevo a valorar; para determinar si concordamos con la valoración de la prueba efectuada y el razonamiento expuesto procedemos a revisar (valorar el mismo); establecer si el mismo es conforme a la razón o recto pensar, (si o no, por qué).

⁴¹ En este sentido Arce Víquez. Op. Cit. Supra nota: 21.

⁴² Un interesante caso al respecto lo constituye un recurso de casación interpuesto por la licenciada Acón Ng, así como la reafirmación que del mismo hizo el Fiscal de la Unidad de Casación, escrito que en lo pertinente, se agrega en el **Anexo 2**. Otro caso interesante es el de un Tribunal que no quiso incorporar por lectura lo consignado por el denunciante (o más bien un testigo y que aparece referido en un informe policial), ambas piezas son susceptibles de ser ofrecidas como prueba y si están admitidas, al declarar el testigo, se contradice con lo expuesto con anterioridad (por ejemplo en la denuncia), puede pedirse la incorporación por lectura respectiva para que se valore el testimonio del declarante. Igual sucede con el dicho del acusado, si incurre en contradicciones esenciales entre lo expuesto en su primera declaración y la externada en juicio el Tribunal puede incorporar la declaración primera y hacer ver las mismas, si bien priva la oralidad y la inmediación, el indiciado debe dar una explicación razonable a las mismas.

que se determinó la culpabilidad; o bien existen intervenciones de comunicaciones ilegales, el fallo utilizó estos elementos de prueba para fundar el dispositivo, pero también existen otras probanzas que permiten, excluida hipotéticamente esta probanza, mantener lo fallado; por último, el juzgador omitió tomar en cuenta o valorar el dictamen pericial que, siguiendo la misma exposición o motivación del fallo, de haberse incluido, vendría a variar el dispositivo a una sentencia condenatoria; o el Tribunal declaró espúrea prueba y no la tomó en cuenta, en forma errónea, siendo dicha prueba decisiva, etc.). *El carácter esencial de la prueba es determinado por la función de ese elemento en el razonamiento global que se desarrolla en la sentencia, el cual, mediante su inclusión o exclusión hipotética, según la experiencia, tendría la capacidad de modificar la parte dispositiva.*

Otro aspecto, relevante de ser tratado, lo constituye, como un vicio del fallo, por fundamentación ilegítima, el que el Tribunal proceda a preterir o prescindir de recibir o evacuar prueba esencial (necesaria para averiguar la verdad real), de forma oficiosa, el Tribunal debe ordenar recibirla, aunque no hubiera sido ofrecida la misma por el Ministerio Público o las partes y no nos encontremos en las hipótesis de excepción previstas en el artículo 355, de tal forma que se ha dicho por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "... nuestro sistema procesal si bien es marcadamente acusatorio, no obstante aun reconoce al juzgador algunas potestades respecto de la producción de prueba, orientadas, sin lugar a dudas, a la vigencia del principio de verdad real, que se ha de cumplir en estricta observancia de los derechos de las partes intervinientes –audiencia, defensa- y del deber de objetividad -artículo 6-, con lo que se demuestra que *el numeral 355 no debe tener una lectura tan restringida como la que proponen los recurrentes*,... de modo tal que siempre que se trate de prueba útil a la causa, legalmente obtenida, que sea puesta en conocimiento de todas las partes, para que puedan objetarla o bien que sea producida con la par-

ticipación de todos, la objeción para su recibo aparece como desproporcionada y sin justificación, especialmente si la fuente de la prueba ya consta desde la investigación preparatoria, lo que además resta cualquier "*factor sorpresa*" que pueda favorecer la arbitrariedad y la indefensión, elementos que el sistema por el contrario, pretende eliminar...". Así voto: 572-2000. De igual forma se ha expuesto por la Sala Tercera: "... de comprobarse que el testigo Luis Emilio Jiménez Solera efectivamente dijo haber presenciado el homicidio, la decisividad de su deposición sería de primer orden y resultaría de sumo interés en aras de lograr aprehender la verdad real de lo acontecido, a efecto de que el Tribunal - a través de la intermediación conferida- pondere su declaración y disponga de ella al momento de tomar una decisión razonada respecto al acusado. Siendo que el *a-quo* actuó incorrectamente al cercenar a la defensa, la oportunidad procesal de escuchar la declaración del testigo propuesto, el cual -según aduce la defensa- resulta esencial y no había sido presentado antes por razones que no pertenecen a la mala fe procesal, en cuyo caso si procedía su rechazo. En consecuencia y por lo dicho, se declara la ineficacia de la sentencia recurrida, se ordena su reenvío ante el Tribunal de origen y su respectiva sustanciación conforme a derecho...". Así voto: 987-2002. Tampoco, por ejemplo, sería lícito al Tribunal proceder a absolver afirmando que no se realizó un estudio contable, el que resultaba esencial a los efectos de establecer la existencia del hecho⁴³.

Otro caso, que podría constituir prueba ilegí-

⁴³ Aunque no estamos muy de acuerdo en que en "aras de la verdad real" se evacue prueba para condenar, en forma oficiosa, por el juzgador, al respecto puede consultarse nuestro libro: "Rol del Ministerio Público en la Protección de las Garantías y Eficacia en la Investigación", ello en virtud de que consideramos que si el Fiscal no ofreció en tiempo la prueba, no puede venir el Juez de sentencia a solventar las falencias de la parte. En todo caso, esta causal no parece estar expresamente contemplada en el numeral de comentario, ni es un defecto absoluto, que produjera indefensión.

tima, en nuestro criterio, lo es el que la sentencia en su fundamentación descriptiva proceda a variar lo realmente afirmado por el testigo, por ejemplo, de una forma esencial (divergencia entre lo grabado, lo consignado como dicho por el mismo y la influencia en el dispositivo).

También, constituye, en nuestro criterio, un defecto en la valoración de la prueba, no acorde con el recto pensar o la sana crítica, el proceder a valorar la misma en forma separada, individual, en especial cuando se trata de indicios, pues cada uno tomado en cuenta por sí solo, puede dar a lugar a consecuencias equívocas y no se establecen si los mismos son unívocos y producen lo que algunos han llamado “prueba acumulativa de certeza”, al estar los mismos entrelazados y conducir en la misma dirección⁴⁴.

E) Quebranto del principio in dubio pro reo. Artículo 9 del Código de Procedimientos Penales.

El principio del *in dubio pro reo* implica que en caso de existir una duda fundada o razonable sobre las *cuestiones de hecho*⁴⁵ (existencia del ilícito, participación del acusado, culpabilidad), no desvirtuada y en competencia con la hipótesis fáctica acusatoria, no cabe tenerse por demostrada la culpabilidad y romper el estado de inocencia. El reclamo, se ha afirmado por la Sala Tercera, lo es por debe ser efectuado por el fondo, por constituir el mismo un quebranto sustancial (Constitucional y del debido proceso). A nuestros efectos interesa denotar que la duda debe ser fundada o razonada, de tal forma que si la sentencia no establece por que se duda constituirá una falta de fundamentación; de igual forma si las razones o motivos por los cuales surge la duda es en virtud de una errónea valoración de la prueba efectuada por el Tribunal (por ejemplo

se afirma que dos testigos se contradijeron y por ello surge la duda, pero la contradicción no era esencial, no versaba sobre el aspecto medular y tema probandum, o bien se resta credibilidad a esas dos versiones, sin poderse determinar cual es cierta; o se resta credibilidad a las dos versiones, pero existen además otras pruebas que, de haberse valorado en forma conjunta con las declaraciones, daría lugar a la exclusión de una de ellas, etc.).

ANEXO 1

Exp: 01-000378-0559-PE Res: 2002-00925. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veinte minutos del veinte de setiembre de dos mil dos. INFORMA EL MAGISTRADO CHAVES R; Y, CONSIDERANDO:

IV. Se resuelve: Analizado el fallo para valorar los argumentos del recurrente, esta Sala encuentra un defecto absoluto que atañe a la participación del imputado, y afecta su derecho de defensa. La acusación que realizó el Ministerio Público no reúne los requisitos que establece el artículo 303 del Código Procesal Penal, vicio que mantiene la sentencia en la descripción de los hechos probados. Es así como la pieza acusatoria hace un relato de la investigación, narrando que recibieron información de los hechos a través de la Oficina de Trabajo Social del Hospital de Upala, y hace un recuento de lo narrado por la testigo María Aguirre Leal, quien afirma haber observado los hechos, y de lo manifestado por la ofendida. La única acción que la acusación atribuye al justiciable es aquella por la cual se le absolvió (ver folio 111). En su relación de hechos probados el fallo incurre en el mismo vicio, al transcribir los hechos requeridos, agregándole la edad de la menor y lo referido por el dictamen médico (ver folio 112). Como se observa, al imputado no se le endilgó ningún hecho delictivo; no se describió acción alguna por él realizada, sino que lo que pretendía ser la acusación se limitó a mencionar parte de la prueba. Siendo congruente con lo acusado, la defensa estaría encaminada a tratar de desvirtuar la acción de los testigos (narrar lo que vieron) y no a referirse a la acción del justiciable, puesto que no se describió ninguna. Por su parte, el Ministerio Público debería probar que los testigos dijeron lo que la acusación describe, y no que el imputado realizó alguna conducta ilícita, puesto que sobre eso no versa la acusación. La defensa no giraría en torno a la acción del justiciable, sino de los testigos. Esta irregularidad conculca derechos fundamentales porque atañe al correcto ejercicio del derecho de defensa y audiencia, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dentro de este derecho se contempla el de imputación o derecho a una acusación formal, la cual debe contener una relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye (artículo 303 del Código Procesal Penal). La vulneración de este derecho es de tal entidad que no requiere protesta previa, de conformidad con el numeral 178 del código dicho. La ausencia de determinación de un hecho concreto atribuible al encausado, por constituir un error esencial, no permite la ampliación ni corrección de lo requerido, porque habría que hacer una nueva relación de hechos, lo que en esta etapa del proceso es in procedente. Hasta este momento, al justiciable no se le ha

⁴⁴ En el **Anexo 3** se incluye jurisprudencia al respecto.

⁴⁵ Se parte del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y, por ende, no aplicable el principio en lo que toca a la duda del juzgador sobre la norma a aplicar.

atribuido hecho ilícito alguno, y ya no puede hacerse. Acerca de la imposibilidad de corrección de vicios esenciales en la acusación, ha dicho esta Sala: “Ello no es posible a criterio de esta Sala. Si bien es cierto el mencionado artículo 15 permite el saneamiento de defectos formales, indicando que el tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o sustancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días; en la especie tal normativa no es aplicable, cuando finalizado el procedimiento preparatorio, el órgano requirente, decidiéndose por el planteamiento de una acusación, la presenta en forma deficiente en aspectos, ya no eminentemente formales o materiales, sino referidos al fondo de la articulación, es decir sobre condiciones sustanciales y necesarias para que esa pieza sea admisible, en respeto a los derechos fundamentales del justiciable, que como ya hemos mencionado, dentro de un sistema acusatorio como el nuestro, tiene derecho a conocer en forma amplia y detallada los hechos que se le imputan, a efecto de que, en un plano de igualdad pueda desarrollar eficientemente su defensa tanto material como técnica, criterio que esta Sala ha desarrollado en otras oportunidades al señalar “que el saneamiento se refiere a defectos formales, secundarios o periféricos, pero nunca a la esencia misma de la acusación” – ver Voto 46-99 de las 9 horas 40 minutos del 15 de enero de 1999. Sala Tercera Penal – No desconoce este Despacho que habiéndose sustituido el sistema de nulidades contenido en el Código de Procedimientos Penales de 1973, la nueva normativa procesal penal propone el reconocimiento de una actividad procesal defectuosa, que tiene como principio rector la imposibilidad de que puedan ser valorados como fundamento de una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código Procesal Penal, salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales – artículo 175 *ibidem*-, y así como los errores puramente materiales contenidos en las actuaciones o resoluciones de los tribunales pueden ser saneados en cualquier momento – numeral 146 del mismo cuerpo legal-, en el tema específico de la acusación o la querrela, es factible tal corrección, pero únicamente en lo que se refiere a los simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni provoque un estado de indefensión – artículo 348 de la normativa procesal citada. Ello reafirma la tesis en cuanto a la imposibilidad de saneamiento de la acusación en los términos permitidos por la juzgadora en el presente caso, cuando es el juez del procedimiento intermedio el llamado a ejercer un adecuado control sobre la actividad requirente del Ministerio Público. Pero existen también otras razones por las cuales no procedía el saneamiento de la pieza acusatoria, dentro de los parámetros en que fue concedido. El artículo 178 del Código Procesal Penal establece como defectos absolutos, entre otros, aquellos que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley, los cuales no pueden ser convalidados – numeral 177 *ibidem* – permitiéndose el saneamiento de los defectos, cuando es posible, bajo tres supuestos fundamentales: a) La renovación del acto “cuando el precedente ha sido impugnado o de oficio ha sido declarado inválido y por ende no puede ser tomado en consideración – Armijo Sancho, Gilbert. Nuevo Proceso Penal y Constitución. “Derechos Fundamentales y Actividad Procesal Defectuosa” Investigaciones Jurídicas S.A. Pág. 321 -; b) la rectificación del error y; c) el cumplimiento con el acto omitido – artículo 179

del mismo cuerpo legal – Sin embargo la misma norma señala que bajo pretexto de los tres supuestos anteriormente señalados, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este código. En el presente asunto, la requisitoria que ahora se cuestiona, y cuya irregularidad fue admitida por la jueza del procedimiento intermedio, puso fin a la etapa de investigación preparatoria, de modo que aceptado el defecto que deviene en absoluto, pues compete al derecho a la acusación que mantiene el inculpado como una de las garantías fundamentales atinentes a su defensa, no podía concederse la posibilidad de saneamiento para renovar el acto, pues ello implicaría retrotraer el proceso a una etapa ya precluida que la ley no prevé, en el tanto las correcciones que podían ser admisibles, tal y como con amplitud hemos expuesto, se refieren a simples errores materiales, siempre y cuando no comprometan la esencia misma de lo acusado, pues el imputado y su defensa técnica podrían verse sorprendidos, como sucedió en este caso, con una nueva acusación, cuando ya se habían preparado para otra, que era precisamente la base del juicio, actuando la autoridad jurisdiccional fuera de los límites que la ley le permite en su función contralora de la actividad requirente del órgano acusador, coartando los derechos de las partes con interpretaciones extensivas de la normativa legal. Por último conviene señalar que la decisión de la juzgadora, cuestionada en esta impugnación, vulnera también los principios de objetividad e igualdad entre las partes, en el tanto se le permite a una de ellas – el órgano acusador – una oportunidad de enmienda que la ley no faculta, favoreciendo la deficiencia en el ejercicio de la función pública, en detrimento de los derechos de los restantes sujetos del proceso, cuando “... los jueces no están autorizados a aplicar criterios discriminatorios en su actuar “debiendo resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento – Mora Mora, Luis Paulino. *Op cit.* p.37 – Los argumentos expuestos nos permiten concluir que en la causa examinada, donde se arribó hasta la etapa de juicio culminando con una sentencia condenatoria contra José Vladimír Martínez Amador, como autor responsable del delito de Homicidio simple cometido en perjuicio de Juan Teodoro Torres Quirós, tal y como lo expuso la defensa técnica del inculpado en esta impugnación, desde la etapa intermedia se produjo una actividad procesal defectuosa, resuelta en perjuicio de los intereses de su patrocinado, en flagrante violación a sus garantías fundamentales atinentes al debido proceso y el derecho de defensa, en el tanto al Ministerio Público, quien formuló una acusación defectuosa que no le atribuía al imputado conducta ilícita alguna, se le concedió, en contraposición a las normas procesales vigentes, la posibilidad de sanear el vicio, lo que resulta improcedente, retrotrayendo el proceso a períodos ya precluidos. La irregularidad cometida es de tal envergadura que, de haberse llegado a la fase de debate con la acusación inicial planteada por el Ministerio Público, habría provocado la absolutoria del justiciable, en el tanto, la indeterminación del hecho constitutivo del ilícito imputado, por ser un error esencial, no permitiría la ampliación de la pieza acusatoria, conforme a los presupuestos establecidos en el numeral 347 del Código Procesal Penal, que prevé tal posibilidad cuando se requiera la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querrela, que modifique la calificación legal o integre un delito continuado, presupuestos que no se cumplen en el asunto examinado, en el tanto la corrección habría versado sobre un hecho concreto, esencial, constitutivo del delito atribuido. Por ello, no obstante que el motivo de casación invocado se refiere a la inobservancia y violación de normas procesales, dadas las circunstancias que rodean el hecho, deviene en ociosa la devolución de los autos a su oficina de origen ordenando un juicio de reenvío;

consecuentemente, por razones de economía procesal, entra esta Sala a resolver el fondo del asunto, declarando con lugar la actividad procesal defectuosa de todo lo actuado a partir de la audiencia preliminar realizada el 20 de marzo de 2001, de modo tal que al quedar subsistente la acusación formulada por el Fiscal de Bribrí, ..., visible a folios 118 y 119, la que no contiene una relación precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al imputado conforme a los presupuestos establecidos en el citado artículo 303, sin que sea admisible devolver los autos a momentos procesales finalizados, se acoge el reclamo interpuesto y se absuelve de toda pena y responsabilidad a José Vladimir Martínez Amador..." (Resolución 00141-2002). En el caso bajo examen se da la misma situación: una acusación omisa en atribuir acción ilícita al justiciable, que no permite el ejercicio pleno del derecho de defensa, y que no puede ser corregida pues el vicio hace a la esencia misma de lo acusado. Se requeriría de una nueva acusación, en una etapa en que ello no es posible. No podría pensarse en la aplicación del artículo 152 del Código Procesal Penal para que el Tribunal envíe la causa al Ministerio Público con el fin de que proceda a investigar, pues es obvio que no se trataría de otro delito conocido durante la investigación, sino del ilícito que se ha estado investigando y que no se acusó en debida forma. En consecuencia, visto el defecto absoluto de la pieza acusatoria, la que no contiene una relación precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al imputado conforme a los presupuestos establecidos en el citado artículo 303, sin que sea admisible devolver los autos a momentos procesales finalizados, se absuelve de toda pena y responsabilidad a Otilio Medrano Acevedo. Se ordena su inmediata libertad si otra causa no lo impide. Por innecesario se omite analizar los motivos del recurso. Tomen nota tanto el Ministerio Público como el Tribunal, para que una situación como la presente no se vuelva a presentar.

POR TANTO: Se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por el licenciado Luis Fernando González Hernández y se absuelve de toda pena y responsabilidad a Otilio Medrano Acevedo del delito de abuso sexual agravado contra persona menor de edad que se ha venido investigando. Se ordena su inmediata libertad si otra causa no lo impide. Por innecesario se omite analizar los extremos del recurso. Comuníquese tanto al Jefe del Ministerio Público como al Fiscal respectivo y al Tribunal, para que una situación como la presente no se vuelva a presentar.

ANEXO 2

"... Aparte de los motivos esgrimidos por la Fiscal en esta primera queja de su recurso, considera el infrascrito, que los argumentos del fallo para excluir las pruebas obtenidas a raíz de la detención, requisas y decomiso practicados, no son legítimas, por lo siguiente: Se afirma en el fallo que la Fiscal ... y el Oficial del O.I.J. ... sabían que iban a detener a unas personas en el Mall San Pedro el cinco de marzo de 1999, involucradas en fraudes con tarjetas de crédito, que "...lo menos que podían hacer era hacerse acompañar de un juez de garantías y un defensor público, esto para garantizar la legalidad de la detención, así como para permitir un adecuado manejo de la requisas efectuada y los documentos decomisados a los cinco orientales; por lo que su actuación violentó de manera flagrante todos los derechos..." de los indiciados, y, en virtud de la ausencia del Juez de Garantías en el operativo, así como del defensor, se estimó que la prueba recabada al realizarse la detención era espúrea.

Se establece en sentencia, de igual forma, que de haber llevado las autoridades a un Juez de Garantías se hubiera efectuado un acta de la requisas, conforme la ley lo establece, y que esta hubiera permitido establecer que documentos o pruebas fueron decomisados a que acusados. Además, se afirma, que de haber comparecido un Juez de Garantías no se hubiera dado o permitido la manipulación de las tarjetas de crédito decomisadas, puesto que las mismas fueron llevadas a las oficinas de una de las compañías ofendidas en donde, en presencia de la Fiscal y de otras cinco personas, se procedió a dar lectura a la banda magnética de las mismas, todo esto sin autorización judicial, conforme lo dispone la Ley de Registro y Secuestro de Documentos, en su artículo 7.

1) MOTIVOS POR LOS QUE SE CONSIDERA POR EL MINISTERIO PÚBLICO QUE LA FUNDAMENTACION DEL FALLO PARA EXCLUIR COMO PRUEBA LOS DOCUMENTOS Y DEMAS EVIDENCIAS DECOMISADOS AL DETENER Y REQUISAR A LOS ACUSADOS NO ES VALIDA Y POR TANTO LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO, EN CUANTO A ESTE ASPECTO, ES ILEGÍTIMA.

A) Con respecto a la necesidad de garantizar la legitimidad de la detención, contando con la presencia de un Juez de Garantías y un defensor público (legitimidad de la detención y de la requisas): Se desprende de la resolución que, en virtud de que existía un monitoreo de las diversas tarjetas falsas que se venían utilizando, por ciudadanos orientales, al enterarse de la utilización de una de ellas en el Mall San Pedro, la Fiscal y el investigador que comparecieron al lugar debían de haberse acompañado de un Juez de Garantías y de al menos un defensor público. Nada más alejado de la realidad. Sea, o no, un operativo planificado lo cierto del caso es que el Fiscal y la policía judicial se encontraban autorizados a efectuar la detención, tenían motivos suficientes para sospechar que los acusados recién habían cometido un delito y, además, existían razones fundadas para considerar que los acusados portaban en sus ropas objetos o documentos relacionados con el ilícito, pues incluso, como se verá, fueron descubiertos en flagrancia. Por lo que al proceder la Fiscal y la policía, con la ayuda de los guardas privados del lugar, ninguna irregularidad cometieron. La ley no exige, como parece entenderlo el Tribunal, que para detener a una persona el funcionario (Fiscal o policía) actuante deba contar con un Juez de Garantías a su lado, mucho menos aun que se lleve para realizar el acto a un defensor público, sino que requiere motivo suficiente, razones, para realizar el acto de detención o la requisas (aspectos de índole sustancial, como la proporcionalidad, necesidad, etc.). El Fiscal y la policía se encuentran legitimados, en principio, por ley para su realización (aspectos de índole formal). La presencia de un Juez de Garantías tampoco implica, per se, el cumplimiento del debido proceso sustancial, su sola presencia no es algo que "santifique" o "purifique" el acto y que haga que, en virtud de ella, el mismo se deba considerar legítimo (puede ordenar, por ejemplo una detención sin motivo). Si bien el acto podría considerarse es producto de un seguimiento o monitoreo de tarjetas falsas, no se encontraban identificados los indiciados y cuando se tuvo noticia de la utilización de una de las tarjetas falsas en el Mall San Pedro, se acudió rápidamente al lugar, donde fueron sorprendidos in fraganti, con los bienes producto de su reciente actuar ilícito en su poder (hasta un particular podría detenerlos); teniendo los funcionarios actuantes razones válidas para sospechar que los detenidos tenían ocultos en sus ropas, bienes u objetos (documentos o tarjetas), relacionados con el delito (para requisarlos). La detención es legítima y el acto de requisas también.

B) La presencia de un Juez de Garantías hubiera producido la realización del acta de requisa, conforme lo dispone la ley, permitiendo establecer que documentos o pruebas fue decomisado a cada uno de los imputados. La detención de los acusados no fue del todo pacífica, unos trataron incluso de huir, ante la eventualidad (pues eran varios detenidos y solo dos funcionarios judiciales) se optó por proceder a requisar, sin efectuar el acta correspondiente. Pero resulta evidente, como vimos, que no se violentó el debido proceso al actuar de esta forma por las autoridades, al efectuar la requisa (pues era menester efectuar tal medida cautelar de carácter personal de manera urgente, existían motivos fundados para ordenar y practicar el acta; además los funcionarios actuantes se encuentran legitimados para efectuar el mismo). La ausencia del acta, (o el que se hubiera practicado un acta sin los requisitos formales y fuera por tanto el acta ineficaz), no hace que el acta sea ineficaz, pues este último es susceptible de ser acreditado por otros elementos de prueba válidos del mismo acto u de otros conexos (art. 137 del Código Procesal Penal), como lo serían, en este caso, las declaraciones testimoniales o las actas de decomiso y secuestro que constan en el expediente (fs. 10 a 17). Además de no existir una afectación al debido proceso por el no haber confeccionado el acta, como se vio, la Sala Tercera en un asunto semejante dispuso: "...tampoco estamos ante un defecto procesal absoluto que merezca ser declarado, pues la ausencia de formalidades de un acto, en la medida que no afecte derechos fundamentales, se convalida si los interesados no proceden a su alegato en el momento procesal oportuno, tal y como lo dispone el artículo 177 de la normativa de rito que dice: "Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos... b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los defectos del acto"...". (Voto: 1158-2000). Se reitera que no se afectó de forma irracional o ilegal derecho fundamental alguno de los acusados en la consecución de las pruebas o en lo actuado por la policía y la Fiscal, pues en virtud de las circunstancias que rodearon el hecho, no se requería en la especie una orden judicial previa para proceder a detener a los acusados (existían motivos fundados para presumir que habían cometido cuando menos un ilícito), para requisarlos (pues razonablemente se presumía que ocultaban en sus ropas objetos relacionados con el ilícito) y proceder a decomisar los objetos relacionados con el delito; así como que estaban legitimados por ley para actuar. (Arts. 237 inciso A, 189 y 198 del Código Procesal Penal).

La no realización del acta de la requisa, como vimos, no hace nulo el acto, ni implica la existencia de violación alguna de derechos constitucionales en la consecución de las pruebas halladas y decomisadas, si bien es deseable la práctica de la misma, las condiciones en que debieron actuar las autoridades hacen explicable tal omisión, de carácter formal.

Afirma el fallo que la presencia de un Juez de Garantías en el lugar de la detención hubiera hecho que se realizara un acta de la requisa, conforme lo establece la ley, que permitiera determinar que documentos se decomisaron a cada imputado. Pero lo cierto es que, como habíamos afirmado, la sola presencia de tal funcionario no es garantía de que no se violentó en el acto el debido proceso o los derechos fundamentales en la consecución de prueba (por ejemplo: puede este funcionario autorizar un allanamiento de morada sin motivo alguno); también, a lo mejor, aun llevando a dicho funcionario, dada la premura con que se debió actuar, tampoco se hubiera podido hacer el acta de requisa. Lo más importante es que no es cierto que, dado que no se efectuó el acta de requisa, no se puede establecer que documentos se le decomisaron a cada acusado,

pues para llenar esta "laguna" existen sendas actas de decomiso y secuestro en el expediente, que fueron admitidas como prueba y que ni siquiera se valoraron en sentencia (fs. 10 a 17), en las que se indica que se le decomisó a cada uno, e incluso las tarjetas decomisadas falsas hasta la foto del portador tenían, en algunos casos, y el nombre, por lo que no era difícil establecer a quien pertenecían o a quien se les decomisaron, pero no utilizan estas pruebas por afirmar, sin razón, que son espúreas (el razonamiento del tribunal es el siguiente: no se puede utilizar las actas de decomiso porque provienen de un acto ineficaz, cual es la requisa, es ineficaz la requisa por no haber acta, si se hubiera hecho acta de requisa se hubiera podido determinar que se decomisó a cada uno de los acusados).

C) También se afirma que la presencia de un Juez de Garantías hubiera impedido la manipulación de las tarjetas decomisadas falsas por parte de los investigadores privados de las compañías ofendidas, puesto que se determinó que la Fiscal y cinco personas más comparecieron a una de las oficinas de las compañías ofendidas y se procedió a leer la banda magnética de las mismas, sin autorización de juez (lo que en criterio del Tribunal violenta el artículo 7 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos, puesto que al ser las tarjetas documentos secuestrados es menester contar con dicha autorización para efectuar cualquier prueba técnica y además debe quedar copia certificada en el expediente).

Lo cierto es que tal actuación no puede ser asimilada a un examen técnico de la tarjetas (cualquier parroquiano, o comerciante, puede deslizar la banda de la tarjeta por un lector, lo que se registra en la compañía ofendida), ni puede asimilarse este evento, por ello, con lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de documentos, se repite, la simple lectura del documento no es un examen técnico del mismo y, en todo caso, dicha acto no tendría valor probatorio para el juicio, sino que fue un acto propio de la investigación policial a los efectos de determinar si la información de la banda magnética de las tarjetas decomisadas corresponde a las utilizadas para estafar y contiene información que corresponde a una persona diversa a los portadores (menos se puede pedir que se deje copia certificada de la tarjeta y su banda magnética en el despacho, como se afirma en la ley). Ello, además, de ningún modo implicó una modificación o alteración de las evidencias decomisadas, fue un acto que incluso se llevó a cabo en presencia de la Fiscal y de otras personas; no puede afirmarse la existencia de perjuicio alguno (ni nadie lo alegó).

3) SOBRE EL CARÁCTER ESENCIAL DE LA PRUEBA PRETERIDA: Al detenerse a los aquí acusados se les decomisó objetos o compras que recién habían efectuado con tarjetas de crédito falsas, de igual forma se les decomisaron tarjetas de crédito también falsas, con sus fotos y nombres, vouchers o documentos de compras que habían realizado con dichas tarjetas en el Mall San Pedro y otros negocios. Documentos todos que permitían vincular a los detenidos con estafas que se habían cometido por ciudadanos orientales en diversos puntos de la capital, incluido el Mall San Pedro ese día, con la utilización de las mismas tarjetas, con vouchers de varios comercios que presentaban las mismas firmas que las tarjetas, e incluso, fueron reconocidos los acusados por diversas personas como las mismas que estuvieron en varios de esos locales comerciales en que se dieron los usos de tarjetas falsas, además el carro de uno de los detenidos y acusados fue utilizado en otro hecho en el establecimiento Juan Banbasch, en donde se usó una de las tarjetas. De todos los documentos se efectuó acta de

decomiso a cada uno de los portadores. Pero nada de esto se pudo utilizar. Las razones por las que tan importantes pruebas no se pudieron utilizar, vertidas en el fallo, como se vio, no son legítimas, la fundamentación de la sentencia es ilegítima, en este aspecto.

Con respecto a la esencialidad de estas pruebas preteridas, en el mismo fallo se afirma dicha cualidad de las mismas, pues se acepta expresamente que si se las incluyera hipotéticamente el resultado hubiese diverso a una absolutoria: "... Toda esa documentación que pudo haber servido de base para acreditar una eventual condenatoria..., no pudo ser analizada para fundar esta sentencia en virtud de que se llegó a considerar que tal operativo resultó del todo ineficaz..." (f. 1829). "... La ilegalidad de ese operativo, tal como se ha dicho, deja ayuno al Tribunal de prueba importante y eventualmente determinante; ante lo irregular de aquel proceder en el operativo dicho, nos quedamos sin conocer a ciencia cierta a quien se le decomisaron determinadas tarjetas de crédito, y a quien los vouchers de esas tarjetas, así como el resto de documentos y objetos encontrados en poder de los detenidos..." (f. 1846). Se afirma que, ante la posibilidad de tener como prueba los documentos y tarjetas decomisadas en el operativo, todos los restantes hechos acusados carecen de prueba suficiente, pues hasta la prueba grafoscópica depende del mismo: "... si este Tribunal lleva a cabo una supresión hipotética de ese operativo, es decir si asume que esa diligencia nunca existió y que por consiguiente debe analizarse aquí el resto de la comunidad probatoria incorporada al debate, con total independencia de ese operativo en el Mall San Pedro; nos encontramos con que es materialmente imposible arribar a un fallo condenatorio... se comparó la firma de algunas tarjetas de crédito contra las firmas de las copias de los voucher decomisados (decomiso ilegal, como ya se expuso)..." (f. 1845). El perjuicio producido a la justicia misma resulta claro, pues al no valorarse tan importantes pruebas se procedió a dictar una sentencia que, de haberse adecuado a lo que corresponde en derecho, debía ser condenatoria y, gracias a la cual, en la actualidad los indiciados gozan hoy de su libertad y, tal vez, ni siquiera se encuentran en el país (véase que hasta esta fecha se da audiencia por el Tribunal de los recursos interpuestos, meses después del fallo, cuando se ha discutido devolución incluso de pruebas). Expediente: 99-005080-042-PE (a la fecha en que se realiza este trabajo el recurso del Ministerio Público no había sido resuelto).

ANEXO 3

Exp: 95-000464-0460-PE. Res: 2000-00802. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con treinta minutos del catorce de julio del dos mil. Tal como sucede en cualquier análisis de prueba indiciaria, lo procedente es analizar en su conjunto las circunstancias indiciarias, porque de lo contrario, si se valora por separado cada elemento de convicción se obtendrían consecuencias equivocadas. El análisis parcial o fragmentado de la prueba indiciaria, resulta un proceder impugnativo inaceptable e insuficiente para revertir el fallo recaído, pues con tal estrategia, se divide artificialmente en secciones o apartados el razonamiento del a-quo y consecuentemente, se desnaturaliza la integridad de lo resuelto. Acerca de la necesidad de apreciar de manera conjunta la prueba indiciaria, esta Sala ha establecido que: "... El juzgador debe ser consciente de dos importantes compromisos que tiene en relación con la sentencia cuando utiliza este tipo de prueba para llegar a un convencimiento definitivo: en primer lugar, debe exponer claramente por qué determinado conjunto de indicios le


producen una certidumbre sobre un hecho; en segundo lugar, el de indicar por qué tienen valor probatorio en relación con el hecho investigado. El Tribunal de mérito incumplió estos requisitos, no solo porque tomó los indicios casi como hechos objetivos, válidos para cualquier analista, sino también porque al exponer la valoración de la prueba indiciaria se concretó a hacer un estudio individual de cada uno de ellos sin observar la consistencia e idoneidad de estos dentro de un cuadro global, es decir, en una consideración comprensiva de todos ellos, única forma de evitar los graves peligros que ofrece entender cada indicio en su carácter individual. Sobre el tema la doctrina se ha pronunciado unánimemente, pues aun cuando los estudios que definen los indicios, y que los separan conceptualmente de las presunciones y las circunstancias, son realmente escasos, sí existe una tendencia a construir una serie de reglas para la valoración judicial de estos elementos probatorios (ver, entre otros, a: CAFFERATA NORES (José), *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Reimpresión Inalterada, 1988, p. 206; GORPHE (Francois), *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, La Ley, 2967, p. 263, DELLEPAINE (Antonio), *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Temis, Séptima Edición, 1972, p. 60.)..." (Voto # 525-F, de 9:45 horas del 6 de noviembre de 1.992). En el mismo sentido, se ha indicado que: "... En efecto, del fallo se advierte que el Tribunal realizó, tal como se requiere, un examen pormenorizado del cúmulo de indicios convergentes (se repite: y no sólo los señalados en el recurso, que sí resultan aislados y por ende carentes de su proximidad jurídica y globalizante), cumpliendo así con la valoración judicial con respecto a todos los indicios y no con el significado de cada uno en particular, actividad de los jueces que permite claramente a esta Sala comprobar el iter lógico adoptado para arribar a su conclusión decisoria. Y como lo ha expuesto esta Sala, refiriéndose a la apreciación global y no aislada del elemento indiciario: "... Como se puede desprender de lo antes dicho, el principal obstáculo de esta apreciación conjunta no está en la toma de partido sobre la idoneidad de un indicio necesario sobre otro, sino en la suma y valor de los indicios para un fallo. Al realizarse esta evaluación entre los indicios puede producirse el efecto contrario, es decir, que un indicio afecta a otro en su sentido lógico o produce más de una explicación posible, o deja incertidumbre sobre el acomodo del resto de los indicios para la explicación necesaria, que según la sana crítica, debe realizarse en la conclusión judicial. El examen conjunto de los indicios no debe dejar, entonces, margen a la incertidumbre, a la duda, y esto es muy frecuente cuando los indicios tomados individualmente, y en suma (unidos unos con otros) produzcan más de una explicación de su existencia o enlace." (Confrontar.: V-516 F de 9:25 hrs. del 10/9/93). La forma en que el recurrente toma los únicos indicios que señala, sea individualmente, pueden producir varias explicaciones, naturalmente la que más conviene a sus intereses..." (Voto # 347-F de 9:45 horas del nueve de setiembre de 1.994. En el mismo sentido Voto # 882-98, de 9:55 horas del 18 de setiembre de 1.998). Sin embargo, se ha precisado que: "... la valoración integral de la prueba indirecta no autoriza a los jueces a fundamentar sus resoluciones en indicios aislados, equívocos, contradictorios, de imposible prueba, o contrarios a las reglas del correcto entendimiento humano..." (voto # 11-99, de 14:50 horas del 7 de enero de 1.999).

...Es obvio entender que la prueba se erige en el proceso como su eje principal, es la piedra angular de todo sistema de justicia. A través de ella se logra el hallazgo de la verdad objetiva. Maier tiene esa aspiración como un "ideal", la razón de ser, aunque no alcanzarla en todos los casos no significa que el procedimiento carezca de sentido (Cfr. Julio B.J. Maier. *Derecho Procesal Penal Argentino*. T. 1. Bo. b. Ed.

Hammurabi SRL. Buenos Aires, 1989, p. 573). Desde otra perspectiva, la prueba permite la reproducción de los hechos mediante procedimientos rituales. El juzgador alcanza el convencimiento de un acontecer histórico luego de sopesados todos los elementos probatorios, lo cual, entonces, en el fondo, la verdad se obtiene por vías formalizadas. Más que la verdad material es una verdad forense. (Cfr. Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida. Jacobo López de Quiroga. Ed. Akal. p. 63). Rige en nuestro sistema el principio de libertad probatoria según el cual todo hecho puede ser probado por cualquier medio, con las salvedades establecidas en la ley (Art. 198 C.P.P.). Para obtener la eficacia conviccional de los elementos de prueba admite nuestro ordenamiento el sistema de libre convicción o sana crítica racional. Este método de valoración no tiene reglas preestablecidas y su único límite son los principios informados en la recta razón (lógica, psicología y experiencia común). Es deber del juzgador, eso sí, dar razones de su convencimiento, y sus conclusiones deben corresponder racionalmente al marco probatorio. En el caso de análisis el Tribunal de mérito cumple a cabalidad con ese deber. Sus inferencias las obtiene fundamentalmente de un marco indiciario muy claro... La prueba indiciaria es presuntiva porque se extrae por generalización de la experiencia, y con base en ella lo tenido por cierto ha de tenerse como verdad legal mientras circunstancias no valoradas no demuestren que hubo falsedad probatoria o yerro judicial. El mérito del fallo es haber apreciado los indicios de manera global y no autónoma o aislada. Además se aprecia del dispositivo la existencia de una multiplicidad de circunstancias indiciantes. Cada uno de esos indicios constituye un hecho particular del tema a probar, el tiempo transcurrido desde el apoderamiento hasta la detención del inculcado, la posesión de este del vehículo sustraído, la separación y abandono de las placas originales, la tenencia de una placa panameña y de documentos oficiales nacionales para tramitar la salida de automotores del país, la huida y aprehensión del inculcado bajo circunstancias muy especiales, condujeron al sentenciador a tener al acusado como autor del hecho. Son, como se observa, indicios graves, objetivamente existentes y meritorios para asentar una verdad. Además ostentan la característica de univocidad, es decir, su tratamiento no da opciones a fijar conclusiones alternativas pues todos conducen a la comprobación del suceso delictivo. Esa característica exige que si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro acontecimiento diferente del indicado, la relación sería contingente ("indicio anfibológico")...". Voto: 214-f-96. También, sobre la importancia de la valoración de toda la prueba en su conjunto, y sobre la univocidad, la misma Sala ha dicho: "...tal como sucede en cualquier análisis de prueba indiciaria, lo procedente es analizar en su conjunto las circunstancias indiciantes, porque de lo contrario, si se valora por separado cada elemento de convicción se obtendrían consecuencias equivocadas. El análisis parcial o fragmentado de la prueba indiciaria, resulta un proceder impugnativo inaceptable e insuficiente para revertir el fallo recaído, pues con tal estrategia, se divide artificialmente en secciones o apartados el razonamiento del a-quo y consecuentemente, se desnaturaliza la integridad de lo resuelto. Acerca de la necesidad de apreciar de manera conjunta la prueba indiciaria, esta Sala ha establecido que: "... El juzgador debe ser consciente de dos impor-

tantes compromisos que tiene en relación con la sentencia cuando utiliza este tipo de prueba para llegar a un convencimiento definitivo: en primer lugar, debe exponer claramente por qué determinado conjunto de indicios le producen una certidumbre sobre un hecho; en segundo lugar, el de indicar por qué tienen valor probatorio en relación con el hecho investigado. El Tribunal de mérito incumplió estos requisitos, no solo porque tomó los indicios casi como hechos objetivos, válidos para cualquier analista, sino también porque al exponer la valoración de la prueba indiciaria se concretó a hacer un estudio individual de cada uno de ellos sin observar la consistencia e idoneidad de estos dentro de un cuadro global, es decir, en una consideración comprensiva de todos ellos, única forma de evitar los graves peligros que ofrece entender cada indicio en su carácter individual. Sobre el tema la doctrina se ha pronunciado unánimemente, pues aun cuando los estudios que definen los indicios, y que los separan conceptualmente de las presunciones y las circunstancias, son realmente escasos, sí existe una tendencia a construir una serie de reglas para la valoración judicial de estos elementos probatorios (ver, entre otros, a: CAFFERATA NORES (José), La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Reimpresión Inalterada, 1988, p. 206; GORPHE (Francois), La apreciación judicial de las pruebas, Buenos Aires, La Ley, 2967, p. 263, DELLEPAINE (Antonio), Nueva Teoría de la Prueba, Bogotá, Temis, Séptima Edición, 1972, p. 60.)...". (Voto # 525-F- 1.992). En el mismo sentido, se ha indicado que: "... En efecto, del fallo se advierte que el Tribunal realizó, tal como se requiere, un examen pormenorizado del cúmulo de indicios convergentes (se repite: y no sólo los señalados en el recurso, que sí resultan aislados y por ende carentes de su proximidad jurídica y globalizante), cumpliendo así con la valoración judicial con respecto a todos los indicios y no con el significado de cada uno en particular, actividad de los jueces que permite claramente a esta Sala comprobar el iter lógico adoptado para arribar a su conclusión decisoria. Y como lo ha expuesto esta Sala, refiriéndose a la apreciación global y no aislada del elemento indiciario: "...Como se puede desprender de lo antes dicho, el principal obstáculo de esta apreciación conjunta no está en la toma de partido sobre la idoneidad de un indicio necesario sobre otro, sino en la suma y valor de los indicios para un fallo. Al realizarse esta evaluación entre los indicios puede producirse el efecto contrario, es decir, que un indicio afecta a otro en su sentido lógico o produce más de una explicación posible, o deja incertidumbre sobre el acomodo del resto de los indicios para la explicación necesaria, que según la sana crítica, debe realizarse en la conclusión judicial. El examen conjunto de los indicios no debe dejar, entonces, margen a la incertidumbre, a la duda, y esto es muy frecuente cuando los indicios tomados individualmente, y en suma (unidos unos con otros) produzcan más de una explicación de su existencia o enlace." (Confrontar.: V-516 F de 9:25 hrs. del 10/9/93). La forma en que el recurrente toma los únicos indicios que señala, sea individualmente, pueden producir varias explicaciones, naturalmente la que más conviene a sus intereses...". (Voto # 347-F-, de 9:45 horas del nueve de setiembre de 1.994. En el mismo sentido Voto # 882-98, de 9:55 horas del 18 de setiembre de 1.998). Sin embargo, se ha precisado que: "... la valoración integral de la prueba indirecta no autoriza a los jueces a fundamentar sus resoluciones en indicios aislados, equívocos, contradictorios, de imposible prueba, o contrarios a las reglas del correcto entendimiento humano..." (voto # 11-99, del 7 de enero de 1.999). Si en la especie, conforme se desprende del análisis de folios 459 a 470, el Tribunal plasmó el contenido de la prueba y la valoró suficientemente de acuerdo a las reglas del correcto entendimiento humano, no se evidencian los yerros procesales que se ha denunciado. Salvo las disposiciones relativas a la restricción de derechos fundamentales, en nuestro proceso penal no existen limitaciones para la recopilación de prueba, estando autorizados los Tribunales para probar los hechos que

interesan al thema probandum con cualquier medio lícito. De ahí que no resultaba ni propicio ni adecuado ordenar el hallazgo o exhumación de los cadáveres de los animales muertos para acreditar que fallecieron raíz del envenenamiento, pues si antes de los hechos gozaban de buena salud, y al día siguiente se observó a un can sin vida y secretando salivaciones espumosas en su boca y al lado se encontraron restos de un alimento no proporcionado por su propietario, se infiere razonablemente que pudo haber ingerido sustancias contaminadas que le causaron la muerte. Véase que se habla de una probabilidad, pero ello no implica que en los hechos se carezca de certeza, sino que lo que se quiere explicar es que resulta imposible extraer de cada indicio consecuencias ciertas (como pretenden los quejosos). Estas conclusiones parciales o probables deben integrarse con el resto de la prueba recabada, de forma que se obtenga un razonamiento adecuado para demostrar la existencia del hecho y la participación de los acusados. Esto es lo que se ha denominado "prueba acumulativa de certeza" (cfr. los Votos de esta Sala: # 935-98, de 15: del 29 de setiembre de 1.998. # 695-99, de 9:05 horas del 4 de junio de 1.999, # 1.090-99, de 10:53 horas del 26 de agosto de 1.999)...". Voto número: 802-2000.



blanca

Derechos fundamentales de niños y adolescentes: Interpretación ambigua de la Sala Constitucional en materia de conciliación penal y procedimiento abreviado

Lic. Saúl Araya Matarrita

I. INTRODUCCIÓN

Si hubiera que examinar en clave de derechos humanos la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de niñez y adolescencia, específicamente en lo relacionado con la capacidad procesal de ese grupo etario para autocomponer los conflictos penales en que se vean involucrados, habría que admitir que esta agencia de control jurisdiccional no está haciendo una lectura sistemática de sus derechos fundamentales, razón por la cual pueden encontrarse resoluciones que, a la luz de la dogmática internacional, parecen desconocer, en sus efectos, principios fundamentales que operan a favor del reconocimiento de la igualdad, dignidad y libertad de ese grupo de personas.

Motivan la anterior afirmación las respuestas que la competencia jurisdiccional ha dado a asuntos que se le han sometido en materia de conciliación penal y aplicación del procedimiento abreviado a niños y adolescentes, materias que, si bien aparentemente disímiles en cuanto a su naturaleza procesal, son semejan-

tes en cuanto a los principios aplicables cuando se trata de niños y adolescentes.

En cuanto al abreviado, el instituto nace dentro del procedimiento para adultos, por lo cual su aplicación a niños y adolescentes es supletoria y por lo mismo puede resultar, en algún momento, disonante respecto de los principios que rigen uno y otro procedimiento. Tocante a la conciliación, la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), de 30 de abril de 1996, previó este instituto en su art. 61 como aplicable a los niños y adolescentes desde 1998, pero con la aparición del CNA, en fecha 6 de febrero de 1998, algunos operadores jurídicos asumieron (y así parece entenderlo la Sala Constitucional), que el art. 155 CNA modificó los presupuestos del 61 de la LJPJ, lo cual no parece desprenderse del análisis sistemático de esa norma dentro del tinglado ideológico-jurídico de la atención de conflictos penales donde intervienen niños/ adolescentes.

Literalmente, el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), dispone: *“No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los conflictos penales que involucren a niños y adolescentes.”*

liación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental, ni los que puedan constituir delitos”.

Es claro que la expresión normativa “*ni los que puedan constituir delitos*” se refiere a una condición ontológicamente *potencial*, no a una actual, lo cual es jurídicamente lógico si se tiene en cuenta que el art. 155 CNA lo que está regulando es el proceso especial de protección de “menores” en la vía judicial – nombre que recibe precisamente la sección segunda, ubicada dentro del capítulo segundo denominado “*Proceso especial de protección*” y no la conciliación penal aplicable a niños o adolescentes que prevén los arts. 61 y siguientes LJPJ. Mucho menos se refiere a la conciliación que regula el art. 36 del Código Penal (CPe).

El proceso especial de protección en sede administrativa es conocido por un sujeto administrativo (PANI), según provee el art. 129 CNA, en tanto que el proceso especial de protección en sede judicial es conocido por un sujeto jurisdiccional: los jueces de familia (art. 141 CNA). Ninguno de ambos funcionarios es constitucional ni legalmente competente para dictar resoluciones con autoridad de cosa juzgada en asuntos *que puedan constituir delito*, porque los asuntos *que puedan constituir delito* son conocidos por otro tipo de funcionarios, a saber, los jueces penales. La resolución que dicte un juez de familia al aceptar la conciliación de un asunto *que pueda constituir delito* (ejemplo: la madre que para obstaculizar el régimen de visitas golpea severamente al niño que llora por salir con su padre y le produce lesiones que van más allá de los cinco días incurre en el delito de lesiones leves (art. 125 CPe) no tiene la virtud de dictar cosa juzgada en relación con dichas lesiones leves, por lo cual el asunto puede ser conocido penalmente con prescindencia de dicha conciliación que fue

dictada en situación de incompetencia absoluta. No hay bis in idem.

¿Qué se concluye de eso en lo que toca a la conciliación impedida por el 155 CNA? Que ese artículo no vino a reformar la conciliación del 61 LJPJ ni la conciliación del 36 CPe, porque estos dos últimos institutos se hicieron para conciliar no los asuntos *que puedan constituir delito*, sino los asuntos *que en efecto constituyen delito*, y por eso están siendo conocidos en la sede represiva, la cual ni siquiera puede abstenerse de pronunciarse respecto de la procedencia de la conciliación solicitada por las partes de conformidad con los presupuestos legales.

Por eso, cuando la Sala Constitucional viene a decir en el voto 7115-98 que “no es inconstitucional el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia” no vino a decir nada nuevo respecto de lo que se le consultó (si se podía aplicar la conciliación, en sede penal, en tratándose de menores), porque en efecto esa norma no es inconstitucional; al contrario, es tan constitucional que se ajusta a la sistemática de la competencia jurisdiccional que reconoce que no es válida la sentencia del juez de familia que resuelva sobre asuntos penales, y ello está literalmente previsto por las normas constitucionales 152 y 166, entre otras.

Lo que sí está resultando desapegado de los principios constitucionales del debido proceso es que se les niegue, en cualquier caso, la oportunidad de conciliar a los niños o a los adolescentes cuando han sido victimizados por un adulto, porque ahí encontramos el primer roce con el principio de libertad de elección procesal, acceso a la justicia positivizada, tutela judicial efectiva, igualdad procesal, dignidad humana (se le está menoscabando al niño o al adolescente la oportunidad de conciliar porque se le supone capitodisminado en su querer o en su conocer). Y es roce con la doctrina internacional porque esta ya ha superado el paradigma de la reificación

del menor (res tutelable) ínsito en las propuestas de la *situación irregular*, y en su lugar ha asumido una visión de *protección integral*, que implica *proteger* sin ignorar el derecho a ser diferente, el derecho a expresar su voluntad respecto de todos los intereses jurídicos que le atañan, el derecho a querer de un modo diferente a como quiere el adulto, el derecho a conocer, o sea, el derecho epistemológico particular de su edad y, al menos, el derecho a ser oído, y consecuentemente a que no se dicten resoluciones que resuelven sus intereses sin que se le permita expresarse. Esta es la queja por la que nace este artículo.

Y es que cuando le negamos al niño, al adolescente, a la mujer, al inmigrante, al extranjero, o a cualquier persona humana la protección de un derecho que es inherente a esa condición genérica (humanidad) y se manifiesta particularmente en cualquiera de las situaciones actuales que puede presentar el ser humano a lo largo de su decurso histórico (minoridad, vejez, género, ocupación, procedencia, u otra condición análoga), cuando le negamos –digo- a esas personas el reconocimiento de sus derechos, nos colocamos en el ámbito del prejuicio engeguecedor y en consecuencia no le hacemos justicia, al menos justicia concebida como la particular y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo. Esto implica comprender al ser humano en sus distintas manifestaciones, en su heterogeneidad, en su discurrir.

Por lo que se dirá adelante, en lo que toca a la capacidad de comprensión y volición de la persona menor de edad la Sala Constitucional ha emitido algunos votos que evidencian una *comprensión ambigua* de la teoría de los derechos fundamentales de niños y adolescentes, pues en algunas resoluciones asume que está capacitada para autoinculparse -en la aplicación de un procedimiento abreviado; en otras prescribe que no puede conciliar y en otras aclara que sí puede hacerlo cuando la relación sea con otros niños/adolescentes, pero no a conciliar con un imputado adulto. Si

no se tiene capacidad de conocer y querer porque se es niño o adolescente y por eso se merece tutela adulta, no se tiene en ningún caso, ni para autoconponer ni para autoinculparse; tampoco la suma de niños/adolescentes hace posible o mejora esa capacidad, si se ha asumido que no se tiene inherentemente, pues la suma de incapacidades de niños/adolescentes víctimas afectados por niños/adolescentes victimarios no permite construir una capacidad procesal mejorada, si se ha partido del supuesto de que ninguno la tenía originariamente. He ahí las ambigüedades y contradicciones internas de esos presupuestos.

Con tales colisiones se comprometen derechos humanos debidamente positivizados en el canon normativo constitucional de nuestro país, tales como:

(a) el de *libertad*, en este caso libertad para decidir si continúa una acción penal cuya interrupción se le reconoce al adulto por su sola condición de tal;

(b) el de *igualdad*, porque la ley que le permite al adulto el acceso a la herramienta de homocomposición del conflicto, se la niega al niño y al adolescente por una diferencia no demostrada, fincada en la edad;

(c) el de *dignidad*, por cuanto resulta un trato indigno para el niño/adolescente que no se tome en cuenta su criterio, o que en la fundamentación no se indique por qué no se tomó en cuenta ese criterio.

II. LO IDEOLÓGICO DEL DISCURSO DEL SISTEMA PENAL EN LA “PROTECCION” DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Parfraseando a Zaffaroni, la *ideología* del grupo cultural costarricense ha estado influida por un sistema patriarcal que considera al

menor como objeto de tutela. Según los ejes más importantes de ese sistema, el adulto tiene discernimiento volitivo y cognoscitivo, en tanto que el niño y el adolescente no. La visión de mundo del adolescente es postergada en el discurso práctico, aunque en el discurso teórico exista una retórica del reconocimiento.

La visión *patriarcal* reconoce al adulto, y en este caso al varón, el derecho del *pater familiae* como cúspide interpretativa del sentido humano, de su deontología y de su teleología. El juez es el *pater familiae* por antonomasia: conoce el destino que deben seguir el niño y el adolescente, sobre todo este último, cuyo comportamiento episódico y su búsqueda de una identidad debe constreñirse a la cosmovisión del grupo adulto, en un reciclaje ideológico ad perpetuum.

Zaffaroni sostiene que la ideología del sistema penal “*se expresa en el discurso de cada uno de los grupos humanos y facciones grupales que convergen en él*” (Zaffaroni, p. 12) Las ideologías del grupo dan lugar a una *práctica* del sistema penal, y a un grupo de *efectos sociales*. Por ello no es posible determinar en qué medida un sistema penal respeta y realiza los derechos humanos, sino precisamente analizando los fundamentos ideológicos y las prácticas de las agencias del sistema penal, así como los efectos que esas prácticas promueven en el grupo humano al que están dirigidas.

Costa Rica se sabe un país respetuoso de los derechos humanos, como parte de nuestra retórica discursiva. Pero ese respeto debe conquistarse y reconquistarse en el discurso cotidiano mediante procesos de autorreflexión y autocrítica, sin los cuales no es posible que mantengamos ni siquiera el discurso retórico.

La “protección” que el sistema pretende dar a niños y adolescentes obedece, en razón de las actuaciones administrativas y judiciales de protección, a esa visión tutelar. Esa es la contribución *ideológica* del discurso protector;

ideológica en tanto tendenciosa, puesto que so pretexto de proteger se desiguala, se controla y consecuentemente se mutila.

Si para “proteger” al niño y al adolescente le negamos su capacidad de querer y conocer los resultados de una decisión informada en materia de conciliar con su adversario, lejos de protegerlo le estamos negando derechos constitucionales de acceso a la justicia, a la forma como él conceptúa su justicia.

Y si después de desconocerle esa capacidad le decimos que sí la tiene cuando quiera *confesarse* culpable por un hecho delictivo, entonces lo igualamos para controlarlo mediante órdenes de control del comportamiento que tienen como correlato el encierro, en caso de incumplimiento.

Si denegamos la práctica de una conciliación o de la conformidad para el abreviado según el caso concreto, esa valoración no es por sí sola inconstitucional, puesto que los operadores jurídicos habrán hecho su trabajo de orientación y control de garantías. No se afecta el principio de igualdad ante la ley porque todos los seres humanos, y en este caso los niños y los adolescentes, somos diferentes. Puede suceder que lo que en un caso es posible no lo sea en otro. Puede suceder que un adolescente sí pueda comprender las consecuencias de acogerse a un procedimiento abreviado, o de recibir una compensación económica en una conciliación, pero que otro adolescente no tenga la misma capacidad. Si los operadores jurídicos involucrados se oponen a la procedencia de cualesquiera de esos institutos según las motivaciones del caso particular, aunque la decisión pueda haberse mal orientado, siempre será una decisión válida constitucionalmente, puesto que la norma fundamental garantiza no la eficiencia de la decisión de los jueces sino su ajuste al patrón de libertades e igualdades.

III. LA PRÁCTICA DE LAS AGENCIAS DEL SISTEMA PENAL: EL ROL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La historia de Costa Rica en materia del interés superior de los menores tiene dos momentos: antes de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 4425 del 20 de noviembre de 1989, ratificada por ley nacional N°7184 del 18 de julio de 1990), en que predomina la doctrina de la situación irregular del menor, y después de la Convención, en que las figuras corporativas del Estado (defensores, funcionarios administrativos, fiscales, jueces) han hecho un enorme esfuerzo por alinear al país con la teoría de la protección integral.

Estas figuras corporativas están agrupadas en agencias de varios tipos: políticas, judiciales, policiales, penitenciarias, de comunicación social, de reproducción ideológica, internacionales y transnacionales.

En nuestro país, con la adopción de la normativa internacional se modificó el bloque jurídico normativo local, se crearon nuevas leyes y se fortalecieron varias instituciones que manejaban los derechos humanos relativos a niños y adolescentes. El objetivo general era la alineación del país a la doctrina de la protección integral, que movía el eje ideológico de visión del niño/adolescente de cosa a persona, de res administrable a centro subjetivo de imputación de efectos jurídicos, tanto en derechos como en obligaciones.

La asunción del principio de protección integral en lugar de la situación irregular le ha implicado a nuestro país un cambio de rol, que implica un cambio de mentalidad de las agencias involucradas, de lo cual no escapan, sino más bien son pivote de cambio, las agencias jurisdiccionales, sobre todo aquellas que tienen la oportunidad de regular los procesos

de cambio ideológico con autoridad obligatoria erga omnes. Pero si la agencia principal da un mensaje ambiguo porque hoy considera al niño/adolescente como sujeto incapaz de conocer, querer, opinar y decidir en lo tocante a autocomponer su conflicto, y mañana le reconoce esas facultades en cuanto a autoinculparse, no solo envía un mensaje anfibológico, sino que además represivo, sobre todo si se toman en cuenta las consecuencias de cada una de esas decisiones.

Emilio García Méndez llama a ese fenómeno *paradigma de la ambigüedad* para denotar el estado de cosas en las que no se ha abandonado el viejo paradigma de la *situación irregular* y tampoco se ha asumido coherentemente el de la *protección integral*.

A esa indecisión se suma la presión que ejercen algunas agencias costarricenses a asumir como cierto el paradigma positivista de la seguridad ciudadana, con lo que el papel del menor *en conflicto* con la norma penal ahora sí entra en franca desventaja respecto de un adulto. Lo extraño es que en materia de conciliación, se sigue pensando que el juez sabe lo que el menor *ofendido* necesita, *aunque ese menor no esté en condición de infractor ni en una situación irregular*, que fue la que inspiró el modelo tutelar. O sea: la agencia extendió la irregularidad a todo niño o adolescente por su sola condición etaria.

Resulta innegable el rol protagónico de la Sala Constitucional como agencia del sistema penal: a ella le toca la atención de las cuestiones referentes a la materia penal precisamente porque es la que está más directamente relacionada con los derechos fundamentales. Al ser la Sala Constitucional la agencia controladora de otras agencias (Ministerio Público, Judicatura, órganos administrativos como el PANI), su discurso tiene la obligación de ser clarificador y de hacer valer en sentido positivo esa *presión vertical de los cuerpos colegiados del mismo poder* que menciona Zaffaroni (p. 18, in fine).

¿Cuáles son las resoluciones jurisprudenciales de esa agencia que motivan estas reflexiones?

En 1998, la Sala Constitucional emitió el voto N°7115, en el que admitió que “no resulta inconstitucional el impedimento para conciliar en asuntos que puedan constituir delitos cometidos en perjuicio de personas menores de edad, que contempla el art. 115 del CNA”, y con este voto abrió las puertas de la desigualdad en perjuicio de los menores, puesto que obstaculizó la libre decisión informada del menor para conciliar en sede penal, gracias a otra mala interpretación literal del art. 115 CNA, que no es posible analizar aquí.⁴⁶

No obstante, el art. 104 CNA dispone lo contrario: “Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este Código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión”.

¿De qué sirve que le escuchen la opinión al niño o al adolescente, o que se tome en cuenta que emocionalmente tiene madurez para querer y conocer los resultados de la conciliación que admite como ofendido; de qué sirve que le permitan participar “directamente” en el procedimiento –administrativo- o en el proceso –penal- si hay un voto obligatorio para el juez que le dice que *objetivamente* la conciliación no es convalidable?

Entonces, el contenido del art. 104 CNA ha sido invalidado por la decisión constitucional y por la interpretación de las agencias.

Dos años después del voto anterior, salió a la luz la resolución constitucional N° 5495 del 24 de julio del 2000, que en materia de con-

sentimiento en sede penal admitió que “sí resulta procedente la aplicación del procedimiento abreviado en la jurisdicción penal juvenil en los casos en que sea procedente la imposición de la pena privativa de libertad al menor, cuando el juez se haya asegurado de que (...) se trate de una “transacción” voluntaria y exenta de toda coacción”.

Lo inaceptable es que la agencia del sistema penal que entiende que el menor tiene capacidad cognitiva y volitiva para autoincriminarse no la tiene para autocomponer su conflicto. Por ello, coincido con Miguel Cillero Bruñol, en el sentido de que “no es posible permanecer indiferente ante interpretaciones que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”.⁴⁷

El 24 de julio del 2002, cuatro años después del voto 7115, la misma agencia judicial emitió el N°7362, corrigiendo un tanto el derrotero que les marcaba a las otras agencias en materia de conciliación; entonces sostuvo que no es inconstitucional la conciliación penal en tratándose de menores siempre y cuando se interprete que podrá realizarse cuando el imputado y el ofendido sean personas menores de edad.

La ideología de la agencia parece obedecer a la presuposición de una relación *inter-pares* de los menores, que superaría la relación de poder que existe entre el adulto y el niño/adolescente, aunque ello solo sea una suposición y no exista una vinculación histórica de poder entre ambos sujetos procesales. Pero no puede explicar cómo se supera la imposibilidad de conocer y querer sumando sujetos incapaces para ello.

⁴⁶ Que sí se hace en el artículo intitulado *Conciliación penal y Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)*, publicado en la **Revista de Ciencias Penales**, San José, marzo 2000, Año 12, N°17, pp.101-114.

⁴⁷ Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 71.

IV. LESIÓN EFECTIVA A NORMATIVA INTERNACIONAL PROTECTORA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El discurso ideológico que practica la agencia judicial, en virtud de sus interpretaciones jurisprudenciales vinculantes, resulta a mi juicio violatorio de los derechos humanos, porque trata al menor como objeto y no como sujeto de derecho, lo cual afecta su dignidad humana; irrespeta el derecho del niño y del adolescente al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH); desconoce el principio de igualdad y protección ante la ley, así como la prohibición de discriminación de cualquier tipo, lo que obviamente incluye la edad cuando ese solo elemento no implique una desigualdad evidente (art. 7 de la DUDH, y art. 24 Convención Americana Sobre Derechos Humanos –CADH–; Art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH); violenta su derecho a opinar en procesos y medidas administrativas que afecten sus derechos o intereses; descuida su derecho a ser oído y a que la decisión que se tome indique expresamente por qué asume o por qué rechaza el motivo expuesto por el niño o el adolescente (art. 10 DUDH, art. 8 CADH); ignora el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 3 CADH)⁴⁸; deja de lado el dere-

cho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, el cual se le deniega al obligarlo a ir a un juicio oral y público cuando puede aplicar una medida alternativa previa, denegado solamente en razón de su edad (art. XVIII DADDH).

Es evidente que estamos ante *derechos públicos subjetivos*, de los que forman parte la esfera de derechos *típicos o activos* y la esfera de derechos *reaccionales o impugnatorios* (tal como los llamara García de Enterría), derechos de vieja data admitidos por Gerber, Laband, Mayer y Jellinek, cuya construcción se considera clásica, según refiere Pérez Luño, (p. 34).

La pretensión que tienen el niño y el adolescente ante el Estado es, en primer lugar, el reconocimiento de su personalidad jurídica, aunque sea en formación y transitoria; en segundo lugar, la de que su opinión sea tomada en cuenta; y en tercer lugar, que no se le discrimine en razón objetiva de su edad, sino que se le valore *subjetivamente* el criterio que emite.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de niños y adolescentes ha sido una conquista histórica de derechos humanos. Histórica, no solo por su valor, sino también porque ese reconocimiento ha implicado todo un proceso de individualización, comprensión, reconocimiento, generalización y positivización de derechos.

En ese sentido, Peces Barba refiere cuatro etapas en el desarrollo de los derechos humanos (p. 154):

- (a) Positivización (admisión por escrito en los bloques jurídicos nacionales como un derecho jurídicamente amparable).
- (b) Generalización (extensión del derecho a todo tipo de seres humanos que se encuentren en la misma condición, sin que importe el lugar o el tiempo).

⁴⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990, establece en su artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Con la interpretación de la Sala Constitucional, al niño/adolescente ni siquiera se le pregunta si desea conciliar.

(c) Internacionalización (reconocimiento del derecho en áreas jurídicas compuestas por países soberanos dispuestos a reconocerlos y tutelarlos jurídicamente).

(d) Especificación (individualización de los derechos humanos genéricos a grupos específicos de situaciones humanas: de edad, de género, de nacionalidad, de actividades, y otras análogas).

El reconocimiento de los derechos humanos en sectores específicos de la sociedad, tales como el de las mujer, la familia, los niños, los adolescentes, los inmigrantes y otros semejantes, corresponde al proceso de especificación de los derechos humanos.

Los fallos mencionados de la Sala Constitucional, entonces, no colaboran con el proceso de especificación de los derechos humanos, pues todavía no los pueden descodificar en clave “niño/adolescente”, según lo expuesto. Y si la Sala Constitucional viene a ser el órgano contralor del sistema de justicia, la dogmática viene a ser el contralor indirecto del accionar de la Sala. He ahí la importancia de la doctrina en el tinglado constructivo de un Estado democrático.

El propósito crítico de este artículo se inserta, pues, en la *tesis realista* de los derechos humanos, según la cual de poco sirve que el derecho inherentemente humano (*tesis iusnaturalistas*) se reconozca a nivel normativo (*tesis positivistas*), si a nivel práctico no es posible hacerlos efectivos en razón de una interpretación de la agencia judicial que determina, *en definitiva*, cómo debe interpretarse ese derecho.

El buen trabajo que hasta aquí hace la Sala Constitucional en el *organon* jurídico nacional, debe mejorarse con observaciones críticas que permitan la reflexión correctiva de los institutos que propone para la convivencia pacífica en nuestro Estado democrático.

Por eso estoy de acuerdo con Pérez Luño (p. 92) en el sentido de que “*el reconocimiento*

de los derechos individuales supone una garantía frente al absolutismo del Estado, que si no sitúa como fin de su política social la libertad, degrada los derechos de sus ciudadanos a simples intereses objeto de protección en cuanto sean acordes con los de quienes ostentan el poder”.

Si tenemos un tinglado normativo de derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, y nos enorgullecemos de hacerlos parte de nuestra sistemática normativa, no podemos dejarlos convertirse en mera *desiderata* por falta de comprensión de nuestras propias ambigüedades, pues es mejor no admitirlos como válidos que admitirlos y no funcionalizarlos, o enunciarlos al resolver pero darle efectos prácticos diferentes a lo resuelto.

De ahí que me parezca formidable la frase con que arranca Quiroga Lavié en su defensa de los derechos humanos: “*Para poder determinar el límite debajo del cual carece de significación un derecho, se debe estar en condiciones de probar, en cada caso concreto, si la finalidad del derecho, después de la limitación, puede o no lograrse. Una limitación afecta el contenido esencial de un derecho cuando su titular queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el ejercicio del derecho al cumplimiento de presupuestos que no pueden realizarse a pesar de poner en ello el máximo esfuerzo*” (p. 1).

Acerquémonos afectivamente al derecho fundamental, lo cual quizá nos permita entender mejor qué estamos denegando: ¿Puede lograrse la finalidad del derecho a intervenir si no le permitimos al niño/adolescente que concilie cuando tiene la capacidad para decirlo? ¿Se logra hacer efectivo el derecho fundamental a opinar si ni siquiera lo oímos? ¿Puede lograrse la finalidad del derecho del niño/adolescente a la igualdad, si le decimos que los adultos pueden y que él no, en asuntos de mera decisión? ¿Se posibilita el derecho fundamental a la dignidad personal cuan-

do se le dice a un adolescente que él no sabe lo mejor para sí mismo pero que los adultos que están ahí sí lo saben?

La condición etaria sobre la que se basa la prohibición de conciliación al niño/adolescente en sede penal es *objetiva*, recae sobre el individuo y es insuperable, por eso es indigna y es inhumana. El niño o el adolescente no pueden superar nunca ese requisito que el Estado les impone hasta que no dejen de ser lo que son, por lo cual su derecho queda conculcado por la arbitrariedad de la interpretación del Estado.

En nuestro país, la positivización de los derechos fundamentales tiene un carácter más que *contingente*, toda vez que la interpretación del derecho fundamental que haga la Sala Constitucional tiene carácter *vinculante*. He ahí su carácter ideológico-constructivo de la realidad.

Es necesario, por ello, replantearse en clave de derechos humanos infantiles y adolescentes la prohibición de ese tipo de conciliación

en sede penal, sobre todo cuando en materia de abreviado se admite lo contrario, puesto que, como hace mucho tiempo decía Jellinek “*la clave del concepto de libertad jurídica, de donde se desprenden todas las libertades públicas y derechos fundamentales, es la limitación de la arbitrariedad del Estado*”.

V. BIBLIOGRAFIA

- Araya M. Saúl. *Conciliación penal y Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)*. En: **Revista de Ciencias Penales**, San José, marzo 2000, Año 12, N°17, pp.101-114.
- Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 71.
- Peces Barba, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid, Eudema, T. I, 1991.
- Pérez Luño, Antonio E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid, Tecnos, 1995.
- Quiroga Lavié, Humberto. **Los derechos humanos y su defensa ante la justicia**. Bogotá, Temis, 1995.
- Zaffaroni, Raúl E. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires, Depalma, 1984.