

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.

Facultad de Derecho.

**Tesis para optar por el grado de
Licenciatura en Derecho**

Tema

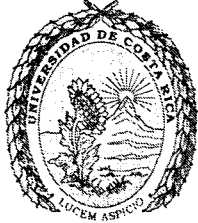
“Límites a la búsqueda de la verdad material en el
proceso penal”.

Elaborado por:

María del Rocío Cubero Artavia.

Carné: A31666.

Noviembre, 2008.



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA INVESTIGACION**



06 de noviembre de 2008.

**Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho**

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:
MARIA DEL ROCIO CUBERO ARTAVIA

Titulado: "LIMITES A LA BUSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL EN EL PROCESO PENAL"

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	LIC. FRANK ALVAREZ HERNANDEZ
Secretario:	MSC. FEDERICO CAMPOS CALDERON
Informante:	LIC. MIGUEL ZAMORA ACEVEDO
Miembro:	LICDA. MARIBEL GUTIERREZ VILLALOBOS
Miembro:	LIC. LUIS ARDON ACUÑA

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **12 de noviembre del 2008 a las 18:00 PM.** en la **SALA DE REPLICAS.**


**Dr. Daniel Gadea Nieto
Director**



Ciudad Universitaria, Rodrigo Facio, 30 de octubre del 2008

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

S. D.

Estimado Director.

El suscrito, Miguel Zamora Acevedo, en mi calidad de Director del Trabajo Final de Graduación titulado: "*Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal*", Desarrollado por la egresada de la Facultad de Derecho, señorita María del Rocío Cubero Artavia, hago de su conocimiento que tal investigación a sido objeto de mi orientación y estudio y al efecto he llegado a la conclusión de que cumple con los requisitos formales y de fondo exigidos para su correspondiente señalamiento de réplica y defensa pública.

La postulante Cubero Artavia, se propuso dentro de las posibilidades del caso, hacer un análisis de amplio espectro, en relación al marco dentro del cual se debe materializar la búsqueda de la verdad real en el proceso penal y sobretodo dentro del actual juicio oral y público, tomando en cuenta el desarrollo de las ideas garantista y del Principio Acusatorio que el Proceso Penal Costarricense ha venido experimentando tras cambios estratégicos hacia un proceso penal, realizando de esta forma un aporte trascendental hacia la instauración de un sistema de Fijación de la verdad como un criterio

netamente jurídico, ya que el análisis que propone, a todas luces, vislumbra la materialización de un sistema bajo el cual se realiza un proceso más acorde con los Principios de imparcialidad y Democrático en el Juez, y con un alto porcentaje de consenso social, en especial con los actores principales del proceso.

En este acompañamiento, a lo largo de todo el tiempo de que tuve el agrado de dirigir la investigación, la egresada Rocío Cubero Artavia cumplió cabalmente con las observaciones y orientación que oportunamente le hice, según los avances de su proyecto de investigación. No omito manifestar que un planteamiento así, conlleva un esfuerzo enorme de trabajo, en el tanto, tal tema de investigación carece de fuentes idóneas, tanto a nivel como internacional en orden al desarrollo del mismo.

Así, considero que la tesis constituye una verdadera contribución relevante a la ciencia jurídica costarricense, al ofrecer un análisis bastante aceptable respecto a los institutos que no posee aportes significativos doctrinariamente hablando.

Por otro lado, la presente tesis constituye un trabajo serio, hecho con responsabilidad, que denota una investigación cuidadosa sobre el tema analizado a través de varias fuentes de información, todo lo cual nos permite tener una visión clara de la importancia de los límites que se deben tener en todo proceso.

Por tales razones, solicito se proceda con la comunicación respectiva de la hora y fecha para la defensa oral y pública de la tesis indicada.

Con todo respeto y consideración se suscribe.



Miguel Zamora Acevedo
Director



Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Prof. D. Frank Alvarez Hernández
falvarez@derecho.ucr.ac.cr



Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Jueves 30 de octubre de 2008.

Dr. D. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
S. O.

Estimado Doctor:

Por la presente hago de su conocimiento que he leído y analizado el trabajo final de graduación titulado "*Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal*" de la señorita Dñ. María Del Rocío Cubero Artavia.

La tesis de la postulante cumple con los requisitos formales y de fondo exigidos en los reglamentos y directrices correspondientes en el seno de nuestra Universidad. En ese sentido, la egresada analiza los criterios emitidos por tribunales judiciales en aplicación a los límites formales para la averiguación de la verdad material en el derecho procesal costarricense.

El estudio lleva a la egresada a verificar si los jueces violentan los derechos fundamentales de la persona acusada en aras de buscar la verdad real de los hechos; lo anterior lo logra la señorita Cubero con el contraste de sentencias con temas como el derecho de abstención, el imputado como objeto de prueba, la supresión de la tortura, y la protección del domicilio, las comunicaciones y los documentos privados.



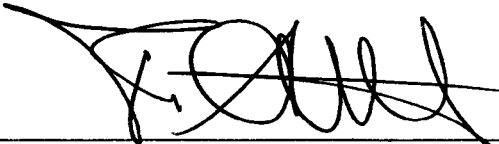
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Prof. D. Frank Alvarez Hernández
falvarez@derecho.ucr.ac.cr



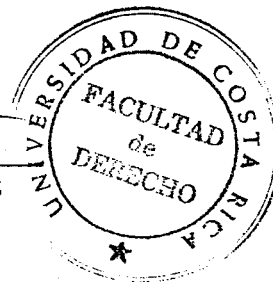
Además, aquélla denuncia las situaciones que denomina “resabios del sistema inquisitivo”, entre ellos: la prueba de oficio, el interrogatorio de testigos por parte del Tribunal, la reapertura del debate para la recepción de pruebas nuevas no ofrecidas en la etapa intermedia por las partes. Este estudio es una muestra del análisis que la estudiante desarrolla con rigurosidad académica.

A partir de tal estudio, la egresada brinda a la cultura jurídica nacional una serie de recomendaciones de reforma a la normativa procesal penal costarricense, que sirve de base para el respeto efectivo de los derechos de la persona acusada. Este ejercicio intelectual de cada aspecto y el aporte dado merecen reconocimiento y el examen en *réplica*.

Por las consideraciones señaladas solicito se tengan por cumplidos los requerimientos para la defensa oral y pública correspondiente. Renuncio al plazo de antelación al señalamiento respectivo. Con respeto,



Prof. D. Frank Alvarez Hernández
Lector de Tesis



Ciudad universitaria, Rodrigo Facio, 30 de octubre de 2008.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

S. D.

Estimado Director.

El suscrito, en mi calidad de Lector del trabajo Final de Graduación titulado "Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal", desarrollado por la postulante María del Rocío Cubero Artavia, hace de su conocimiento que tal investigación ha sido objeto de estudio y al efecto se ha llegado a la conclusión de que cumple con los requisitos formales y de fondo exigidos para su correspondiente señalamiento de réplica y defensa pública de la misma.

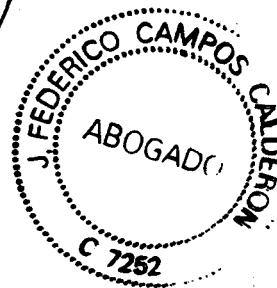
El trabajo de marras constituye un aporte relevante a la ciencia jurídica costarricense al ofrecer un punto de vista importante y crítico sobre el tratamiento y aplicación de los límites que tiene el operador del Derecho en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, aquí, no se parte de una simple confrontación de la idea con la especie fáctica sino, analizando -según reglas de la sana crítica- la proyección en la resolución del conflicto penal con los elementos de prueba que se hacen llegar al proceso.

Así, a partir de varias premisas, como por ejemplo el Derecho de Abstención o la prueba para mejor proveer, la postulante construye los límites que se tienen y deben respetarse en el proceso.

Por tales razones, solicito se proceda con la comunicación respectiva de la hora y fecha para la defensa oral y pública de la tesis indicada.

Con todo respeto y consideración se suscribe,


J. Federico Campos Calderón.



Dedicatoria.

*A mis padres, Alexis y Rocío,
por darme todo su amor y cariño a los cuales debo lo que soy.*

A Maite por venir a llenar la soledad que había en mí.

A Luis por ocho años de amor, dedicación y entrega.

Con todo mi amor y cariño.

Tabla de contenido

<i>Dedicatoria.</i>	ii
<i>Tabla de contenido.</i>	iii
<i>Índice de abreviaturas.</i>	vii
<i>Índice analítico.</i>	viii
<i>Resumen.</i>	ix
<i>Introducción.</i>	1
<i>Justificación.</i>	1
Objetivos.	3
Antecedentes.	4
Limitaciones de la investigación.	5
Marco Teórico.	6
Hipótesis.	30
Metodología.	30
<i>Capítulo primero: Aspectos Generales.</i>	32
<i>Sección I. Reseña Histórica.</i>	32
1. Derecho germano y su sistema acusatorio privado.	32
2. El derecho griego, romano y su sistema acusatorio popular.	35
3. La Roma imperial y el sistema inquisitivo.	38
4. Legislaciones modernas de Europa continental y el sistema mixto.	42
<i>Sección II. Sobre la verdad.</i>	44

1. Concepto de verdad.	44
2. Teorías de la verdad.	50
A. Teoría Coherentista.	50
B. Teoría Pragmática.	51
C. Teoría consensualista.	53
D. Teoría de la correspondencia.	55
3. La verdad como objetivo del procedimiento.	58
A. La verdad real.	59
B. La verdad formal.	61
<i>Sección III. Medios y métodos para averiguar la verdad.</i>	64
1. Concepto de prueba.	64
2. Elemento de prueba.	65
3. Objeto de prueba.	69
4. Medio de prueba.	70
5. Órgano de prueba	78
<i>Sección IV. Los principios que rigen la prueba penal.</i>	79
1. Investigación oficial de la verdad.	79
2. Libertad de prueba.	80
3. Libre convicción como método de valoración de la prueba.	83
Capítulo segundo. Límites formales para la averiguación de la verdad.	86
<i>Sección II. Límites formales para la averiguación de la verdad.</i>	86

1. Concepto de límite.	86
2. Derecho de abstención.	86
3. Imputado como objeto de prueba.	95
4. Supresión de la tortura.	101
5. La protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.	108
A. Protección del domicilio.	109
B. Protección de las comunicaciones y papeles privados.	116
<i>Sección II. Garantías que aseguran la averiguación de la verdad.</i>	126
1. El contradictorio como derecho y como método.	126
A. El contradictorio como derecho.	126
B. El contradictorio como método.	132
2. La imparcialidad del juez y sus poderes probatorios.	134
A. Imparcialidad del juez.	134
B. Poderes probativos del Juez.	136
Capítulo Tercero: Análisis jurisprudencial a los límites formales para la averiguación de la verdad material, frente al respeto de los derechos fundamentales del imputado.	141
<i>Sección I. Aplicación práctica a los límites formales para la averiguación de la verdad material, frente al respeto de los derechos fundamentales del imputado.</i>	141
1. Derecho de abstención.	141
2. El imputado como objeto de prueba.	160

3. Supresión de la tortura.	166
4. Protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.	167
A. Protección del domicilio.	167
B. Protección de las comunicaciones y documentos privados.	178
<i>Sección II. Resabios del sistema inquisitivo, en el proceso penal costarricense, violatorios del principio de imparcialidad del juez, en aras de la búsqueda de la verdad.</i>	184
1. Prueba de oficio.	187
2. Interrogatorio por parte de los jueces al testigo.	193
3. Reapertura del debate.	200
Conclusiones.	212
Bibliografía.	233

Índice abreviaturas.

Constitución Política de Costa Rica..... CPCR.

Código Procesal Penal.....CPP.

Código Procesal Civil.....CPC.

Código Penal.....CP.

Código Civil..... CC.

Índice analítico.

CUBERO ARTAVIA, Rocío (2008). Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal. Tesis de licenciatura Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica 229.

Director:

Miguel Zamora Acevedo.

Palabras claves.

Verdad- derechos fundamentales- imputado- sistema acusatorio- imparcialidad del juez- prueba- derecho de abstención- imputado como objeto de prueba- tortura- protección domicilio- protección comunicaciones- derecho intimidad- contradictorio- inviolabilidad de la defensa- principio de igualdad.

Resumen.

La presente investigación se divide en tres capítulos a saber: el capítulo refiere aspectos generales de la verdad. En este apartado se hace una reseña histórica del conceptos de verdad, en el se analiza el derecho germano y su sistema acusatorio privado, el derecho griego, romano y su sistema acusatorio popular, así como la roma imperial, el sistema inquisitivo y las legislaciones modernas de Europa continental y el sistema mixto, asimismo se define el concepto de verdad y se exponen las teorías de la verdad, las cuales son: teoría coherentista, pragmática, consensualista y la teoría de la correspondencia.

En la parte segunda del capítulo uno se analiza el tema de la verdad como objetivo del procedimiento, en este se vislumbra la verdad real, la verdad forma.

En la tercera parte del capítulo uno se hace un análisis de los medios y métodos para averiguar la verdad, en este apartado se analizan temas tales como: el concepto de prueba, elementos de prueba, el objeto de prueba, medio de prueba y el órgano de prueba.

En la cuarta parte del capítulo uno se hace un breve análisis sobre los principios que rigen la prueba penal en los cuales se toman: la investigación oficial de la verdad (principio inquisitivo), libertad de prueba y la libre convicción como método de valoración de la prueba.

En el capítulo segundo en la parte primera se hace un análisis sobre los límites formales para la averiguación de la verdad, en este apartado se habla del concepto de límites, se hace además un análisis de dichos límites los cuales son: El derecho de abstención, el imputado como objeto de

prueba, la supresión de la tortura y la protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.

En la sección segunda del capítulo dos se hace un análisis de las garantías que aseguran la averiguación de la verdad. En él se trata el tema del contradictorio visto como un método para encontrar la verdad y como un derecho de las partes. Además se analiza la imparcialidad del juez y sus poderes probativos.

En el capítulo tercero se hace un análisis jurisprudencial en aplicación a los límites formales para la averiguación de la verdad material en el derecho procesal penal costarricense en el cual se desarrollan los temas de la aplicabilidad practica a los límites formales para la averiguación de la verdad material, frente al respeto de los derechos fundamentales del imputado y los resabios del sistema inquisitivo en el proceso penal costarricense, violatorios del principio de imparcialidad del Juez, en aras de la búsqueda de la verdad.

Introducción:

“Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal”.

Justificación del tema:

Uno de los fines del proceso penal es el hallazgo de la verdad “objetiva”, esto es, conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva que va a ser objeto de la litis, sin embargo esa finalidad del procedimiento solo debe ser considerada como un ideal, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal que si bien en muchas ocasiones no es alcanzado, esto no acarrea la ineficacia del procedimiento.

El procedimiento penal desde una óptica social está concebido como una herramienta dotada del poder coercitivo del estado para lograr la paz social, esto es, un medio para dirimir conflictos que nacen precisamente en el seno de nuestra sociedad.

Desde una visión más jurídica, el proceso penal es el instrumento establecido por la ley para la realización del derecho penal sustantivo.

En nuestra legislación ciertamente en el código procesal penal de 1996 que entró en vigencia el 1 de enero de 1998 establece en el artículo 180: “...El Ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación...” Se colige de esta norma que el principal objetivo del proceso penal es precisamente la averiguación de la “verdad”, que si bien en varios apartados se habla de una verdad real, materia u objetiva lo cierto es que no podemos entender esto como una

concepción cerrada e inflexible ya que no lo es. Es más, se trata de una fórmula vacía a la cual debemos dar contenido partiendo siempre de los principios constitucionales que garantizan el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de las partes. Está claro que la averiguación de la verdad material es uno de los fines más importantes que persigue el proceso penal, pero está lejos de ser el único. En un pasado reciente era quizás el único fin del proceso, era una especie de autismo procesal, un ente que se autorregulaba y se dirigía independientemente de los actores humanos que lo componían. Entonces, jueces y fiscales se ocupaban de encontrar esa verdad al precio que fuere. Hoy los tiempos y los roles han cambiado, ya no es el juez quien debe garantizar la materialización de ese fin, sino que ha sido relevado de esa tarea para entregársela en calidad de monopolio al Ministerio Público, y ahora el proceso se ha humanizado.

Esta humanización del proceso significa la reivindicación de la víctima y una actualización de los fueros que cubren al imputado dentro del proceso. El paradigma cambió, ahora la búsqueda de la "verdad real" ha de ser condicionada por el respeto de los derechos y principios, tales como el principio de inocencia, el de acceso a la justicia, el de celeridad, el de defensa, el de interpretación restrictiva y otros que deben de acompañar en las diferentes etapas del proceso la finalidad de descubrir la verdad y aplicar la ley. La relativización que implica para el fin procesal de buscar la verdad, la humanización de éste, conduce a incluso declinar de esta búsqueda si ello implica vulneración de derechos fundamentales, o cuando su renuncia signifique ganancia para la paz social, como en el caso de las medidas alternativas.

Lo anterior no significa que haya unanimidad de criterios en cuanto a este punto. Aún existe resistencia de algunos actores del proceso que siguen aferrados a la idea de la averiguación de la "verdad real" como único y más importante fin del proceso.

Esta investigación va orientada precisamente a establecer y unificar criterios acerca de lo que entendemos por límites a la verdad en nuestro sistema penal permitiendo con esto, establecer un canal en el cual podamos encausar estos límites de una manera ordenada y homogénea.

Cabe resaltar que en la actualidad no existe ninguna investigación que trate este tema por ello la importancia de desarrollar esta investigación ya que espero sea un aporte importante a la doctrina nacional.

Personalmente escojo este tema porque lo considero de máxima trascendencia ya que si bien el fin del proceso penal sea la tan ansiada verdad objetiva, lo cierto es que esta búsqueda no debe ni puede ser irrestricta en un estado social y de derecho lo más importante debe ser la seguridad jurídica asimismo el resguardo de los derechos fundamentales de las partes en el proceso por lo que esta búsqueda se debe limitar y estos límites se deben respetar.

Objetivos:

Objetivo General

Examinar el irrespeto de los derechos fundamentales de los imputados en aras de buscar la verdad material dentro del proceso penal costarricense.

Objetivos Específicos

Designar la forma en que se aplica el principio de verdad real como objetivo del procedimiento a la luz del sistema acusatorio.

Analizar los límites formales para llegar a la averiguación de la verdad material en el sistema penal costarricense.

Examinar mediante la principal jurisprudencia la aplicación del principio de verdad material, desarrollado por la Sala Tercera de la Corte, en relación con los derechos fundamentales del imputado que funcionan como límite a la verdad y los poderes probatorios del Juez en relación con el principio de imparcialidad.

Definir las garantías que aseguran la averiguación de la verdad en el proceso penal costarricense en relación con el principio de la verdad real de acuerdo con la regulación que contempla el Código Procesal Penal costarricense.

Antecedentes.

Hasta el día de hoy no existe ninguna investigación que toque el tema de los límites formales sobre la averiguación de la verdad materia dentro del proceso penal.

Existe una sola fuente indirecta que toca el tema de la verdad desde un enfoque diferente al que yo pretendo con mi investigación. Esa fuente indirecta es una tesis titulada en principio de verdad real en Costa Rica, al cual pretende dar una visión del principio de verdad real en el sistema procesal costarricense tomando puntos del derecho civil, penal y laboral.

Con la presente investigación se busca desarrollar de una manera sistemática y orgánica el tema de los límites a la verdad real dentro del proceso penal costarricense.

Cabe resaltar que incluso en la doctrina extranjera existen solo fuentes indirectas que tocan el tema de los límites de la verdad real, autores tales como Nicolás Guzmán, Julio Maier dan una pincelada del tema pero no logran desarrollar esta importante cuestión a cabalidad, que a mi parecer es la base de para la protección de los derechos fundamentales de los imputados por ende el piso del Estado Social y de Derecho.

Limitaciones de la Investigación.

La presente investigación se reducirá a tratar solamente ciertos puntos que considera claves; Por lo que desde ahora se dejara claro que ciertos temas no se desarrollaran.

1) Se desarrolla el tema de la verdad como la correlación entre la realidad y el objeto pensado y no se tratara el tema de la verdad desde la óptica del derecho como argumentación.

Solo se consideran como principios que rigen la prueba en materia penal los siguiente: la investigación oficial de la verdad (principio inquisitivo), Libertad de prueba.

2) Únicamente se desarrolla el sistema de la libre convicción como sistema de valoración de la prueba dejando de lado los

sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción del juez por considerarlo innecesario para la presente investigación.

3) Exclusivamente se desarrollara la verdad dentro del Proceso

Penal costarricense.

4) Se considera como límites para la averiguación de la verdad real los siguientes; el derecho de abstención, el imputado como objeto de prueba, supresión de la tortura y la protección del domicilio las comunicaciones y los papeles privados.

5) Se analiza únicamente la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte.

Marco Teórico

El proceso penal se encuentra estrechamente relacionado con el sistema constitucional, los principios básicos que inspiran el proceso penal deben encontrar y derivar su sustento en la Constitución Política. Por eso es que se dice que el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante; estas atribuciones constituyen las garantías de las que gozan las partes para hacer valer sus derechos dentro del proceso.¹

"Así como el sistema procesal es reflejo del régimen político ideológico, el sistema probatorio es a su vez la columna vertebral del sistema procesal es por ello que se establece que la prueba, dentro del

¹MORA MORA, Luis Paulino (2007). Garantías Derivadas del Debido Proceso. En Derecho Procesal Penal Costarricense. 1° ed., San José, Costa Rica: Editorial Asociación de Ciencias Penales De Costa Rica p 31.

*proceso penal, es todo lo que pueda servir para descubrir la verdad acerca de los hechos que son investigados. En nuestro Código Procesal Penal se consagra el principio de libertad probatoria el cual consiste en que todo se puede probar por cualquier medio, siempre que este no sea ilegal. Basándonos en dicha afirmación es que tenemos que en nuestra legislación cualquier prueba es admisible dentro del proceso penal, siempre y cuando se refiera directa o indirectamente al objeto de averiguación y sea útil para la averiguación de la verdad.*²

Teorías sobre la verdad:

Según Aristóteles, verdad es desde el punto de vista histórico, la realización de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado. Si nos referimos al pensamiento reproductor, copiator de objetos reales, el concepto de verdad alude siempre a una relación de conocimiento, la que se establece entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido a conocer, trascendente a él. Desde este punto de vista verdad es la representación ideológica correcta de una realidad oncológica.

I. Teoría de la correspondencia:

Esta noción de verdad responde la teoría de la correspondencia esto es básicamente el acuerdo o (correspondencia) con la realidad.

Verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad oncológica. Se trata de una noción que no se agota en la definición objetiva de lo que significamos cuando empleamos

² MORA.op.cit., p 31.

el concepto, sino de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (a otro que critique su afirmación), por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme a su finalidad.³

II. Las teorías coherentista y pragmática.

La teoría coherentista como su nombre lo indica se basa en relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias, esta teoría fue criticada por Popper al considerar que confundía la verdad con coherencia, sobre esto Nicolás Guzmán señala lo siguiente:

“En esta teoría, una cierta relación de coherencia se supone dada o definida entre las creencias, siendo esta relación simétrica y transitiva, de manera tal que el campo de la coherencia forma un único grupo de creencias que son las llamadas “verdaderas”, mientras que las otras creencias son llamadas “falsas”⁴.

En cuanto a las teorías pragmáticas esta teoría fue desarrollada por Peirce, James, Schiller y los cuales suponían:

“Según ella, la verdad de una creencia estaría constituida por ciertas características de sus consecuencias, las cuales deben ser “buenas”. De acuerdo a la doctrina del pragmatismo, si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no lo favorece”⁵

Según Nicolás Guzmán lo que hace el pragmatismo es presumir que se puede decir que “conocemos” una verdad cuando creemos en ella

³ Aristóteles, Metafísica, tr por Hernán Zucchi. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana, , p 24

⁴ GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l, p 44

⁵ Ibid. p 46.

(incluso al azar, sin razones) por una mera cuestión de utilidad, de modo que para juzgar si una creencia es verdadera, solo es necesario descubrir si tiende a la satisfacción de deseo. Pero el hecho de pensar (o persistir en mantener) una creencia como verdadera (en función de su utilidad) no arrojará luz sobre que creencias son de hecho verdaderas. Explica Russell que "puede muy bien suceder que las creencias que favorecen ciertos propósitos sean verdaderas, mientras que las creencias que favorecen otros no lo sean ", pero también puede ocurrir que no exista relación alguna entre la utilidad y la verdad.

III. Teoría del consensualismo.

Su principal exponente fue Jürgen Habermas la cual expone:

Solo puede atribuirse un predicado a un objeto, con la ayuda de oraciones predicativas, si también "cualquiera que pudiera entrar en discusión conmigo atribuye el mismo predicado al mismo objeto: para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos – señala el filósofo- me refiero al juicio de los otros y por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión. Por ello, la condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás. Cualquier otro objeto el predicado de que se trate, pudiendo darme por tanto su asentimiento. La verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho.

El consenso al que se llegue deberá ser un consenso fundado.⁶

⁶ GUZMAN, *op. cit.*, p 56-57.

La crítica más fuerte que se le hace a estas teorías es por parte de Kufmann. Este considera que el consensualismo sirve para legitimar mentiras que formalmente se concibieron como verdades. Respecto a ello Nicolás Guzmán expone:

“Con todo ello, Kaufmann señala que la objeción más importante que puede dirigirse contra esta teoría es que “el esclarecimiento de la verdad llega a ser así un negocio concluido consigo mismo, que sirve para legitimar como verdad aun las mentiras consentidas formalmente correctas”. La falta de un consenso, a su vez, no prueba, ni siquiera es un indicio, de que todos o alguno estén en el error. “es posible- añade Kaufman- lograr un consenso semejante debe tener un contenido, pues que al consenso le baste el presupuesto de la situación convencional ideal, nada dice acerca de qué cosa allí puede ser errónea. Error que precisamente puede ser, lo mismo que la verdad. Solo error sobre algo”.⁷

La verdad real o material siempre se emparentó al proceso penal, precisamente, por la forma en que fue históricamente buscada. Hoy ya no tiene tal sentido, hacer la división entre verdad real y formal ya que los mecanismo con que se sustenta el proceso penal actualmente y por ende sus límites apoyados en garantías para conocer la verdad solo permite que se hable de verdades relativas que distan mucho de las místicas verdades absolutas con las que generalmente se emparenta la verdad real, en cuanto a esto Guzmán señala:

⁷ GUZMAN, *op. cit.*, p 59.

*"La verdad "material", "verdad real", "verdad histórica", "verdad objetivo" son todas expresiones que fueron empleadas históricamente para designar de modo indistinto un único concepto, que encerraba la idea de la posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de la verdad en el proceso penal, y simultáneamente, el de la imposibilidad de renunciar a ese conocimiento. La disponibilidad de la prueba fue siempre un elemento ajeno al concepto de verdad material, de la misma forma que lo fue la concepción del proceso como un instrumento de resolución de conflictos."*⁸

Cabe resaltar que el proceso penal con sus reglas y limitaciones no está en condiciones de arribar a la verdad incluso el proceso inquisitivo tiene ciertas reglas y límites que no permiten el uso indiscriminado y libre de los medios probatorios para la tan deseada verdad histórica.

Respecto a esto nos señala Nicolás Guzmán:

*"En realidad el problema que ahora se afronta, es decir, el de la dificultad práctica de alcanzar la verdad en el proceso, se presenta tanto en un modelo inquisitivo como en uno acusatorio, Las reglas existen siempre y por lo tanto, siempre existirán límites. Difícilmente pueda imaginarse hoy un modelo inquisitivo o mixto que no contenga límite o regla alguna que condicione la averiguación de la verdad. De este modo, ya sea que se trate de un modelo procesal inquisitivo o de uno acusatorio, la dificultad práctica para el conocimiento de la verdad se presenta indiferentemente. Nuevamente aquí, el problema nace de una concepción excesiva y absolutista de la verdad como fin del proceso. Como señala Taruffo, si la tesis en cuestión significa que en el proceso no se puede conseguir la verdad absoluta de los hechos, entonces ella seguramente está fundada, pero es también absolutamente banal."*⁹

En nuestra legislación ciertamente en el código procesal penal de 1996 que entró en vigencia el 1 de enero de 1998 establece en el artículo 180:

⁸ GUZMAN, *op. cit.*, p 31.

⁹ *Ibid.* p 24-25.

"...El Ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación..."

Los principios y garantías que rigen la legislación procesal penal costarricense, se deben, tomar en consideración para dar contenido e interpretar esta norma.

Si bien es cierto el Código Procesal Penal, en el artículo 180, habla del deber del Ministerio Público de buscar la verdad de los hechos, lo cierto es que actualmente, esta frase parece incompleta si no le agregamos "respetándose los derechos fundamentales," puede afirmarse que uno de los principales fines del proceso es el respeto de los derechos fundamentales cuya violación torna inocuo cualquier descubrimiento de la verdad.

Muñoz Conde señala:

"En el proceso Penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tiene incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área cultural..

Principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado "suero de la verdad", el detector de mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial.¹⁰

Por su parte Ferrajoli en su obra derecho y razón expone sobre el garantismo:

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (2003). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, p111-112.

"Según una primera acepción, "garantismo" designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de "estricta legalidad" propio del estado de derecho, que en el plano de epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos"¹¹

Duda, probabilidad y certeza:

Duda.

Para Sánchez Romero la duda es un producto intermedio entre la certeza positiva y la negativa, una especie de equilibrio entre elementos que inducen a negarla o afirmarla, siendo todos ellos igualmente atendibles.

Según Guzmán cuando hay duda no hay convencimiento subjetivo.

"La duda consiste en aquel estado mental en el que se encuentra el juzgador del cual ya no puede salir, respecto de la existencia o no del hecho o de la responsabilidad o no del imputado. Los elementos que concurren en apoyo de la hipótesis acusatoria se encuentran en un mismo plano que aquellos que concurren en apoyo de la hipótesis defensiva, ya que no hay más pruebas que realizar y la balanza se encuentra totalmente equilibrada respecto a la confirmación de una y otra hipótesis. La duda "representa un estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer; la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación."¹²

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, tr por Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid, España: Editorial Trata, p 860.

¹² GUZMAN, op. cit., p 29.

Probabilidad:

Según Sánchez Romero, hay probabilidad cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza que los negativos.

Para Cafferata Nores :

"Habrá probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay imposibilidad (o probabilidad negativa).¹³

Por su parte Guzmán considera que la probabilidad se encuentra entre la certeza y la duda, la probabilidad no puede ser suficiente para apoyar una sentencia condenatoria penal pero si es suficiente para una absolutoria o para el dictado del sobreseimiento definitivo.

"La probabilidad negativa y la duda, por su parte, no pueden llevar más que al sobreseimiento y/o absolutoria del acusado, según la etapa del proceso que sea. Si la probabilidad positiva, como se dijo es necesaria, tal como está diagramado nuestro sistema procesal, para emitir una resolución "provisoria" respecto a la posibilidad de proseguir el proceso con la consecuente remisión del expediente a juicio, la probabilidad negativa es suficiente para el dictado del sobreseimiento del imputado, puesto que, obviamente, en este caso es más probable que el hecho no haya existido o que no haya sido cometido por aquel."¹⁴

¹³ CAFFERATA NORES, José (1988). La prueba en el proceso penal. 4º ed., Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, p 9

¹⁴ GUZMAN, op. cit., p 30.

Certeza.

Para Cafferata Nores la verdad es algo que esta fuera del intelecto humano, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se le puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad.

"Certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencias de que algo existe) o negativa (firme creencias de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en ese tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados dada, probabilidad e improbabilidad"¹⁵

Segú Guzmán se puede hablar de certeza subjetiva cuando no existen dudas en que cierto enunciado es verdadero, implica que no existen dudas que obstaculicen el convencimiento de quien va a decidir es por ello que para aplicar una condena toda razón relevante para dudar debe ser eliminada.

Para que una sentencia condenatoria sea válida se requiere como condición indispensable la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria, se debe entender esta certeza como una certeza subjetiva es decir, la libre convicción del juez: la convicción precisamente, no ya acerca de la verdad en torno a lo que realmente ha sucedido. O no, sino

¹⁵ CAFFERATA, op.cit., p 8.

solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad (sistema de valoración de la prueba basado en la libre convicción del juez).

En cuanto a esto señala Cafferata Nores:

*"Es bueno aclarar que la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia se tienen por verdadera hasta que se pruebe lo contrario, lo cual no excluye el derecho de aquel a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignora (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado."*¹⁶

Sistemas de valoración de la prueba.

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conoce los cuales son; la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción.

Cafferata Nores en su libro, la prueba en el proceso penal, los define de la siguiente manera.

1. Prueba legal.

En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia.

Este sistema es propio del proceso penal de que sigue el sistema inquisitivo.

¹⁶ CAFFERATA, op.cit., p 7

2. Intima convicción.

En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender.

A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno una autorización para sustituir la prueba por el arbitrio ni para veredictos irracionales.

3. Libre convicción.

El sistema de la libre convicción, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas que existan.

El juez no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad que el juez logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de

tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontratables de las ciencias (no solo de la psicología, utilizable para la valoración de percepciones, estados emocionales, personalidad, dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica, inercia, gravedad). Parece insuficiente a estos efectos el solo uso de la intuición, pues aunque está es una forma reconocida (y frecuentemente entre los jueces) de adquirir conocimiento, la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas.¹⁷

Según Sánchez Romero, el sistema de la libre convicción es el sistema de valoración de la prueba adoptado por las legislaciones procesales modernas y que, sin duda, corresponden a sistemas políticos democráticos y respetuosos de la libertad ciudadana y de la independencia funcional de los órganos encargados de la administración de justicia que, a que su vez, están obligadas, como contrapartida de esa independencia, a dar las razones, claras y lógicas de sus decisiones.

El sistema de libre convicción, adquiere su máxima expresión, en el proceso penal, en virtud de que el juez no solo es libre de valorarla sin restricción alguna, sino que también tiene libertad de prueba en el sentido de que para averiguar el contenido de la imputación, pues echa mano a toda clase de prueba, aun a aquellos medios no previstos por la ley.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas, interfieren las reglas de la lógica, con las de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana crítica es la

¹⁷ CAFFERATA, *op.cit.*, p 45-48.

*unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también, sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."*¹⁸

El Código Procesal Penal de Costa Rica utiliza para la valoración de la prueba el sistema de la sana crítica racional tal como lo señala el artículo 184.

"El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial."

Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal.

Entre los principales límites formales a la averiguación de la verdad material tenemos:

1. El derecho de abstención.

Este derecho lo tiene tanto el imputado como los familiares cercanos a este.

En cuanto a esto señala el artículo 36 de la Constitución Política de Costa Rica:

"En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".

¹⁸ HOUED, Mario, SÁNCHEZ, Cecilia, FALLAS, David (1998). Proceso penal y derechos humanos. 1ª ed., San José, Costa Rica: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas p 83.

El derecho internacional regula este tema, en el artículo 8 del Pacto de San José, asimismo el artículo 14 inc. 3 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual reza así:

"(...) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho....a las siguientes garantías mínimas:...g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable"

La doctrina señala:

"En el procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente, él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla.

Y, sin embargo, no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce: dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacciones. Ello es lo que expresa muy claramente, la garantía que reza: "nadie puede ser obligado a declarar contra sí."¹⁹

Según Maier la declaración de los imputados deben estar regidas por la voluntariedad y la libertad de decisión durante la declaración.

Mora Mora en su artículo "garantías derivadas del debido proceso" señala que todo imputado tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí ni contra sus parientes inmediatos ni a confesarse culpable.

¹⁹ SALAZAR MURILLO, Ronald (2000). Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales. 1ª ed., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 69.

2. El imputado como objeto de prueba.

El imputado puede ser objeto de prueba pero nunca sujeto de prueba, esto quiere decir que si bien es permitido la sustracción de su cuerpo de elementos que eventualmente puedan usarse en su contra, a este no puede obligarse a participar activamente en estos procedimientos ni se le puede someter a tratos crueles, degradantes o que pongan en peligro su vida y su integridad física.

El artículo 88 del Código Procesal Penal señala:

"Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias.

Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad. "

En cuanto a la jurisprudencia existen varias sentencias que tocan el tema entre las que podemos citar: Sentencia 2005/678 de la Sala Tercera de la Corte de las 9:50 hrs del 22 de Junio del 2005, la 2005/1567 de la Sala Constitucional de las 14:54 hrs del 16 de Febrero del 2005, sentencia

2006/1158 de la Sala Tercera de la Corte de las 8:20 hrs del 17 de noviembre del 2006.

En cuanto la doctrina Salazar señala:

Al existir la libertad probatoria, el proceso penal puede proveerse de cualquier medio lícito para obtener prueba que permita llegar al descubrimiento más o menos cercano de la verdad histórica que interesa. No escapa de esta posibilidad el acusado, que expresamente contempla la ley como una fuente o medio de prueba para el proceso iniciando en su contra. Cuando la realización de una prueba requiere la acción positiva y material de la persona, hablamos del imputado como sujeto de prueba, en tanto es imposible la misma sin su aprobación; de donde se desprende que el imputado puede negarse a la práctica de la prueba y no puede ser obligado mediante el ejercicio de la fuerza. Por el contrario, cuando para la práctica de la prueba no se requiere el consentimiento de la persona investigada, hablamos de imputado como objeto de prueba, en el sentido que su cuerpo y características se convierten en objeto de investigación."²⁰

3. Supresión de la tortura.

La CPR en este punto señala en el artículo 40.

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencias será nula".

La normativa internacional señala respecto al tema:

²⁰ SALAZAR, *op. cit.*, Pp69-70.

Artículo 7 del pacto internacional de derechos civiles y políticos:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Al respecto Mora Mora señala:

"La tortura como modo de obtención de una declaración de conformidad con los fines de los investigadores de un ilícito, choca abiertamente con el debido proceso, el derecho de defensa y los valores fundamentales de la dignidad humana. Las torturas están expresamente prohibidas por nuestra Carta Magna en el artículo 40"²¹

Por su parte Armijo Sancho señala que hay ciertos métodos de investigación que no son admisibles para la práctica de la prueba, respecto a esto señala;

"En otros casos de la Constitución Política sugiere la prohibición de utilizar ciertos métodos para la obtención de la prueba. Se consideran ilícitas todas aquellas formas de coacción directa, sea física o psíquica sobre las personas que puedan ser utilizadas para forzarlos a proporcionar elementos probatorios"²²

Esta norma refiera a la supresión de las torturas y además indica que toda la prueba que se obtenga por este medio está viciada y no puede utilizarse para fundamentar una eventual condena, esto hace referencia a la teoría de los frutos del árbol envenenado del cual Cafferata Nores señala lo siguiente:

"Esto nos arrima a la doctrina de "los frutos del árbol envenenado" que se relaciona genéricamente, con la imposibilidad de utilizar como prueba en un proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías fundamentales.

²¹MORA *op.cit.*, p 49.

²² ARMIJO SANCHO, Gilbert. (2001)Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la transición al nuevo Proceso Penal. 2º ed., San José Costa Rica: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A p 133.

Pero más precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que, sin ser el corpus de la violación constitucional se ha podido conocer o coleccionar gracias a ella"²³

4. La protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.

A. Protección de comunicaciones y papeles privados:

El artículo 24 CPRC señala:

"Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la república. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijara en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento"

El tema de la intervención de las comunicaciones es regulada en la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

Artículo 1.

"Los tribunales de justicia podrán autorizar el registro, secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento".

²³CAFFERATA,op.cit., p 2.

En el derecho internacional este tema se regula en la siguiente normativa:

Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"...(....)..2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Para la intervención de las comunicaciones privadas de las personas según se desprende del artículo 1 de la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones es requisito indispensable que se realice mediando autorización de una autoridad jurisdiccional.

B. Protección del domicilio.

Respecto a esto señala el artículo 23 de la Constitución Política:

"El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a las personas o las propiedades con sujeción a lo que prescribe la ley."

Excepción a este derecho lo constituye la figura del allanamiento.

La normativa del Código Procesal Penal regula el tema del allanamiento de la siguiente manera:

Artículo 193 CPP:

"Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas.

Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consientan o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento"

Ante un allanamiento que irrespete esta norma queda sin efecto la diligencia y con el carece de valor probatorio los resultados obtenidos en la diligencia. Sobre este punto la jurisprudencia Costarricense se ha expresado en varias oportunidades algunos de los votos emitidos son: 2008/75 del Tribunal de Casación Penal , Santa Cruz, de las 8:30 hrs del 23 de Abril del 2008, esto respecto a lo que debe entenderse por "grave" y "urgente" a fin de practicarlo en horario posterior a las dieciocho horas, voto de la Sala Tercera de la corte numero 2007/664 de las 9:35 hrs del 22 de Junio del 2007, en referencia a la aplicación de la doctrina del hallazgo necesario o inevitable.

Según Mora Mora en su artículo principios que informan el Código Procesal Penal ,indica que las personas tienen derecho de que se respete su intimidad tanto a nivel personal como de su domicilio, documentos privados, otras comunicaciones escritas, lo que no impide que se pueda dar la inspección corporal, requisas, registro de vehículos, allanamiento de otros locales, secuestro de objetos, secuestro de comunicaciones y correspondencia, la clausura de locales, lo cual constituyen medidas excepcionales, acordadas y realizadas por la autoridad correspondiente.

Además, Guzmán en su libro la verdad en el proceso penal, considera que pueden homologarse ciertas presunciones como límites a la búsqueda de la verdad real tales como: el in dubio pro reo y el instituto de la cosa juzgada.

*"El instituto de la cosa juzgada funciona como un límite infranqueable que, en honor a la certeza del derecho, impide toda ulterior investigación del hecho (salvo el caso limitado del recurso de revisión): mientras que el favor rei, como corolario del principio de inocencia, impone al jugador una manera de resolver el caso cuando tiene dudas acerca de alguno de los presupuestos exigidos para la condena. Ambos institutos funcionan como límites- uno previo (cosa juzgada), el otro contemporáneo a la decisión de fondo (el in dubio pro reo)- que imponen una determinada manera de resolver el caso."*²⁴

Otros autores reconocen la importancia que la cosa Juzgada y el principio de non bis in idem como garantías derivadas del debido proceso tal es el caso del Dr. Mora Mora el cual indica:

*"El principio Universal de la cosa juzgada, que implica la impugnabilidad de la sentencia definitiva, adquiere en el proceso penal una importancia total, en el doble sentido de que, como lo expresa el artículo 42 párrafo 2 de la Constitución Costarricense, no puede reabrirse una causa penal fenecida, y que, ni siquiera a través del recurso de revisión, que procede precisamente contra la sentencia firme. El principio de cosa juzgada en materia penal se vincula al denominado non bis in idem consagrado en el artículo 42 de la constitución según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos."*²⁵

²⁴ GUZMAN, op. cit., p 126.

²⁵ MORA, op.cit., p 54-55.

La oficiosidad procesal.

Prueba para mejore resolver.

Esta norma figura se encuentra regulada en el artículo 355 del CPP.

"Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento."

Reapertura del debate

El Código Procesal Penal admite que luego de concluido el debate el tribunal de oficio decida reabrirlo, esto con la finalidad de traer nuevas pruebas o ampliar las ya evacuadas, esta disposición es regulada en el artículo 362 del CPP.

"Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados."

Interrogatorio por parte del tribunal.

El Tribunal tiene la potestad según lo establece el artículo 352 de interrogar a los testigos luego de que las partes interroguen.

"Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba."

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interroge de último."

El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación.

Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento."

En cuanto a esto Sanabria señala:

"Si bien es cierto que es importante reconstruir lo acontecido a efecto de emitir una decisión no solo legal, sino también justa, esto debe ser el resultado de la actividad de las partes del proceso y no del sujeto a quien corresponde resolver el conflicto. En un sistema de corte acusatorio, no debe el juez interesarse en buscar esa verdad, pues dejaría de lado su imparcialidad.

La regla en cuestión es contradictoria con un sistema democrático y de tendencia acusatoria, donde el juez no busca la prueba, sino más bien valora la aportada por las partes para no perder su imparcialidad. Es tarea del Ministerio Público o bien del querellante, destruir el estado de inocencia que acompaña al imputado durante el desarrollo del proceso y lo releva de la obligación de demostrarlo.²⁶

Para obtener la verdad de un hecho histórico se deben respetar los medios y las formas que la ley permite para arribar a esta mística verdad.

Al respecto Maier considera que:

²⁶SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel (2004). Resabios Inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense. En revista de Ciencias Penales (22):131.

"Se debe, entonces, afirmar que a la verdad solo se debe arribar por los medios y en la forma que la ley permite: que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial, en perjuicio del imputado²⁷.

Muñoz Conde por su parte señala que:

"De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad solo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se hable así de una "verdad Forense" que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del estado Social y democrático de derecho" ²⁸

Hipótesis

El proceso penal con el fin de demostrar la mítica verdad material, irrespeta los derechos fundamentales que le asisten a las personas acusadas en un proceso.

Metodología

En nuestra investigación utilizaremos la siguiente metodología de investigación: exploratoria, analítica-descriptiva.

Investigación Exploratoria: Se utiliza este tipo de investigación para estudiar lo que indica la doctrina sobre la verdad material esto con el fin de definir en qué consiste, cuales son las implicaciones, el alcance del

²⁷ MAIER, Julio (1996). Derecho procesal penal, fundamentos. 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Editores del puerto s.r.l. p 705.

²⁸ Muñoz. op. cit p112.

mismo asimismo sus limitaciones en nuestro sistema jurídico; ya que es un tema fundamental para el desarrollo del proceso penal costarricense.

Investigación analítica- descriptiva: Se hace un análisis jurisprudencial cualitativo de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte con respecto a los límites formales para la averiguación de la verdad en el proceso penal costarricense, todo esto a la luz de los derechos fundamentales que le asisten al acusado.

Todo esto dirigido a comprobar o rechazar la hipótesis planteada que dio pie a esta investigación, la cual es que los juzgadores con el fin de demostrar la mítica verdad material, irrespetan los derechos fundamentales que le asisten a las personas acusadas en un proceso.

Estructura.

La presente investigación se estructura en un título compuesto de tres capítulos, el capítulo uno se divide en cuatro secciones, estas secciones a su vez se dividen en apartados. La sección uno se divide en cuatro apartados. La sección dos se divide en tres apartados. La sección tres se divide en cuatro apartados. La sección cuatro se divide en tres apartados.

El segundo capítulo se divide en dos secciones, las cuales a su vez se dividen en apartados. La sección uno se divide en cinco apartados. La sección dos se divide en dos apartados.

El tercer capítulo se divide en dos secciones las cuales se dividen de la siguiente manera: la sección uno se divide en cuatro apartados. La sección segunda se divide en tres apartados.

TITULO: Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal

CAPITULO PRIMERO: Aspectos Generales sobre la verdad

Sección I. Reseña Histórica

A través de la historia, el derecho procesal penal sufre una serie de cambios, producto precisamente de las transformaciones socio-políticas, culturales y económicas.

El sistema procesal penal actual que rige a Costa Rica tiene sus raíces en el derecho Romano- Germano; por ello es importante, hacer un breve análisis sobre la concepción del derecho procesal que éste tenía, para comprender las transformaciones que sufre el derecho procesal costarricense.

1. El derecho germano y su sistema acusatorio privado

El derecho germano se divide, según Julio Maier en tres periodos: el derecho antiguo, el periodo franco, la alta edad media.

El periodo antiguo se caracteriza por su corte acusatorio privado. La búsqueda de la verdad real de los hechos es el objetivo primordial del proceso, tanto penal como civil. En esta época no existe la separación entre infracciones civiles y penales, toda infracción se considera un quebranto de la paz social.

Se considera el sistema germano, como acusatorio por la escasa participación del órgano jurisdiccional a la hora de dirimir el conflicto y privado, al permitirse a la víctima y su familia tomar la ley en sus manos y con ello restablecer el orden social.

"Para satisfacer el interés menospreciado se autorizaba a la víctima y a su familia a restablecer la paz mediante el combate o la guerra (fehde) y la venganza familiar (Blutrache). Este tipo de venganza física o declaración de guerra al ofensor y su familia abrió paso, progresivamente a una institución típica del derecho germano: la composición (Suhnevertrag). El ofensor, si acordaba una enmienda o reparación económica con el ofendido (bufse), eso es, si se perfeccionaba entre ambos un contrato reparatorio, evitaba la venganza del ofendido mediante el pago de la reparación de los bienes: la expiación de su crimen se completaba con el pago del precio de la paz a la comunidad, mediante el cual el ofendido recuperaba su protección jurídica, en definitiva, su personalidad jurídica completa. En cambio, los crímenes más graves no eran susceptibles de expiación, ya que, según explicamos, la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica era absoluta y definitiva, y él quedaba a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad".²⁹

El procedimiento penal, propiamente dicho, tiene en este periodo un carácter accesorio, ya que solamente se recurre a él cuando la solución extrajudicial privada (la composición) no daba los frutos queridos. La litis inicia con el intento de la enmienda, presidida por un juez. El debate es de forma pública, oral, contradictoria y, generalmente, se realiza en un lugar abierto. Esto con el fin de propiciar la publicidad del proceso; el juez es quien dirige la contienda, pero no falla.

²⁹ MAIER, Julio (1996). Derecho procesal penal, fundamentos. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina: Editores del puerto s.r.l. p 265.

Luego de esta etapa, el proceso germano toma un tinte cada vez más autoritario, busca la reconstrucción de la verdad real a toda costa. Esto propicia la introducción del sistema romano- canónico, fenómeno político- jurídico que se conoce bajo el nombre de *Recepción* que implantó la Inquisición.

El periodo franco (S VIII), no deja de lado la idea de la paz social, pero le da una nueva visión; ya no es la *paz social*, sino la *paz del rey*. Precisamente, es el rey quien tiene sobre sus hombros el deber de asegurar la paz de la comunidad; este monarca influye, además, en la composición del tribunal y en la persecución penal.

“Las principales modificaciones fueron las siguientes: el tribunal continuó siendo popular, pero la silla del juez director del procedimiento le pertenecía al rey, quien ejercitaba esa función personalmente o por intermedio de un conde de palacio; el tribunal se integraba además, con siete funcionarios en comité, encargados de proponer la sentencia. La persecución penal seguía en manos del ofendido y su tribu, pero excepcionalmente, se desarrolló un procedimiento especial de persecución oficial, consiste en la pregunta del rey o de su delegado a hombres elegidos, dignos de fe y juramentados acerca de si se había cometido algún crimen y quiénes eran los sospechosos como autores poseyendo la respuesta afirmativa el significado de una acusación ante la comunidad, no obstante lo cual, si el ofendido o su familia se representaban como acusadores, el procedimiento seguía las reglas generales , más adelante, incluso, se desarrolló un procedimiento en el que la facultad de perseguir penalmente pertenecía también a funcionarios reales; el debate no varió mucho: continuo siendo oral, publico y contradictorio, pero se acentuó un mayor predominio real (oficial) en su dirección e impulso en desmedro de la influencia preponderante que las partes ejercían con anterioridad; persistió el juramento como medio principal de prueba pero él se acercó algo más al fin de proporcionar la verdad sobre el hecho imputado, advirtiéndose el comienzo precario de un interrogatorio juramentado del testigo por el juez, aún cuando la capacidad de testimoniar estuviera fuertemente

limitada (fortuna, reputación, estado de libertad.): los juicios de dios u ordalías cumplió , al lado del duelo , un papel fundamental en la prueba , por la misma creencia y fundamento antiguo: la divinidad acudiría a iluminar la verdad a hacer esplender la justicia , por medio de un signo físico fácilmente observables".³⁰

En la alta edad media, con el surgimiento y la consolidación de las ciudades, el sistema penal imperante tiene que ceder terreno a las influencias del derecho extranjero, propios de la inquisición y la reforma del enjuiciamiento inquisitivo del siglo XIX.

2. El derecho Griego, Romano y su sistema acusatorio popular.

Otro sistema que merece su estudio, gracias a la gran influencia que tiene para el sistema penal costarricense actual, es el derecho Griego y Romano.

En Grecia el derecho supera la concepción privada del delito. Por lo que se dividen los delitos en públicos y privados, según lesionaran el interés individual o el colectivo. Se introduce la figura de la acusación popular, en la que cualquier ciudadano tiene el derecho de perseguir penalmente al infractor de una falta. En Atenas se propicia la participación directa de los ciudadanos en la tarea de acusar y juzgar. En los delitos privados la acción penal corresponde únicamente al ofendido o a su representante (padre, tutor y amo); el contradictorio se caracteriza por ser público, oral.

El proceso de tipo acusatorio que se encuentra en Grecia y en la República Romana, que, entre los germanos, adquiere caracteres propios y que aun rige en Inglaterra y EEUU, se caracteriza del siguiente modo:

³⁰ Ver MAIER, op.cit., p 267.

a) La jurisdicción se ejerce en única instancia por una asamblea o jurado popular.

b) La acción penal emerge de un delito público, lesivo de la colectividad; es un derecho de cualquier ciudadano (acción popular), mientras que pertenece al damnificado cuando se trata de un delito privado. La acción es la base indispensable del proceso, que no se concibe sino "*ad instantiam partis*", de suerte que el juzgador no puede actuar de oficio.

c) Las partes procesales, acusado y acusador, se encuentran en igualdad jurídica, el juez es tan solo un árbitro imparcial.

d) El acusado goza generalmente de libertad; la prisión preventiva es una excepción.

e) Los elementos de prueba se introducen por obra exclusiva de las partes, de modo que el juzgador carece de poderes autónomos para investigar la verdad de los hechos; éste se debe limitar a examinar las pruebas acerca de las cuales versa la discusión de aquellas, la valoración de esos elementos se realiza mediante el régimen de la íntima convicción.

f) El procediendo es oral, público contradictorio y continuo.

g) La sentencia hace cosa juzgada y no se admiten, los indultos y las gracias".³¹

³¹ VELES MARICONDE, Alfredo (1969). Derecho Procesal Penal. 2ª ed., Buenos Aires Argentina: Ediciones LERNER p 21-22.

El derecho procesal penal romano incorpora definitivamente, como meta del procedimiento, la averiguación objetiva de la verdad histórica, por medios racionales, que pretenden reconstruir, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuye al acusado. Rompe de esa manera la concepción el proceso como método de lucha y de la prueba dirigida a obtener, antes que la verdad de lo sucedido, la razón de algunos de los contendientes mediante signos exteriores, por los que la divinidad se pronuncia a favor de uno u otro. El sistema penal romano viene a desmitificar y secularizar el derecho penal.

El sistema romano, al igual que el griego, hace la distinción entre delitos públicos y privados, según que el bien jurídico tutelado sea individual o colectivo. En cuanto a la acción penal, en Atenas, por ejemplo, cualquier ciudadano tiene el derecho de acusar, excepto los magistrados, las mujeres, los menores y las personas que, por sus antecedentes no ofrezcan garantías suficientes de honorabilidad.

El sistema Romano se describe de la siguiente manera:

"La asamblea del pueblo, al ser convocada; se constituía de tres maneras diferentes: los comicios curiales, integrados por patricios, de muy escasa competencia: los comicios centuriales, integrados por patricios y plebeyos, verdadera jurisdicción represiva en esta época de Roma: y los comicios por tribus, en los que los ciudadanos de más baja condición económica eran admitidos en un plano de igualdad, que entendían siempre en asuntos políticos (por ejemplo del prevaricato de los magistrados). Por lo demás, las centurias, que asumieron la jurisdicción penal, conocieron por dos métodos distintos: originalmente o per provocationem: originariamente cuando se trataba de crímenes capitales a los que respondía con la pena de muerte, de exilio o de pérdida de los

derechos del ciudadano; por provocación, tratándose de crímenes no capitales.

Conviene recordar que la provocatio estaba reservada, en principio, solo a los ciudadanos, excluyéndose a las mujeres, a los extranjeros y a las personas que no gozaban de libertad. Según se advirtió, la anquisitio(cognitio) prosiguió, practicada por el magistrado, quien emplazaba al imputado, averiguaba y pronunciaba sentencia; a partir de allí procedía el derecho de provocatio y, mediante su ejercicio, la convocación de las centurias que anulaban o confirmaban el fallo: tal es esbozo del procedimiento regular".³²

En este sistema, entre los medios de prueba, el primer lugar lo tiene la testimonial; la tortura se aplica únicamente a los esclavos, aunque durante el imperio se extiende a hombres libres. También se practica el registro de domicilio y el secuestro, como actos del acusador que luego se introducen en el debate mediante la lectura de las actas respectivas, por lo que la investigación se caracteriza por ser secreta y por esto, en ausencia del imputado y su defensor.³³

3. La Roma imperial y el sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo es propio de los regímenes despóticos, principalmente de la Roma imperial, este sistema, pone de relieve la concepción que existe entre las ideas políticas imperantes y el sistema de enjuiciamiento penal.

"El despotismo imperial, tiende a avasallar, para dominar, las instituciones libres republicanas, o a someterlas a sus fines, a sus intereses, se restringe el derecho de acusación(antes acordado a cualquiera de la plebe) y se establece un procedimiento de oficio; se despoja a los iudices iurati de la potestad jurisdiccional (primero respecto a los delitos políticos);

³² MAIER, *op. cit.*, p 277.

³³ *Ibid.* p 277-278.

aunque se conserva la publicidad del juicio, la instrucción preliminar es escrita, absolutamente prevalece la actividad del juez sobre las partes".³⁴

Este sistema adquiere tonalidades funestas cuando el derecho canónico ingresa al derecho laico.

El proceso penal canónico nace como un instrumento para defender los intereses de la iglesia y sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular; luego se torna en un instrumento de influencia y dominación laica.

En los primeros tiempos, hasta el siglo XII, el proceso penal aplicable a los clérigos, es de tipo acusatorio, semejante al secular. La transformación se produce entre los siglos XII al XVI, donde se abandona el tipo acusatorio para establecer el inquisitivo aplicado, ya no solo a los miembros de la iglesia, sino además a los laicos.

Las prácticas de la justicia de la Roma imperial favorecen los rituales religiosos, se busca castigar a los culpables con la furia de un pecador; es por ello que no interesa la suerte que corre el presunto culpable, pues la pena es el castigo aprobado por Dios.

"La prisión nació en el derecho canónico (debió resultar realmente apropiada al logro de la penitencia y enmienda del culpable), que también autorizó la admonición, la reparación del honor, la prohibición de reincidir, la multa y la reparación de los daños. Pero las armas más poderosas de los jueces eclesiásticos fueron espirituales; la excomunión, que implicaba la separación de la sociedad de los fieles, suspensión de las funciones, despojo de privilegios y honores, confiscación de bienes, privación de los derechos civiles y de la protección jurisdiccional (el condenado no podía generalmente demandar ni actuar como testigo) y

³⁴ VELES MARICONDE, *op. cit.*, p 94.

la interdicción que era la suspensión de los oficios sagrados a una ciudad o villa".³⁵

Este sistema no conoce límite para obtener la confesión de los acusados, (con esto la verdad histórica), se utilizan los ayunos, los interrogatorios capciosos, la vigilancia del acusado en las prisiones, así como todo tipo de tormentos y torturas.

La figura de la defensa está del todo limitada ya que se considera que el defensor, es un obstáculo para el descubrimiento de la verdad.

Según el autor Alfredo Veles Mariconde, el proceso inquisitivo, tiene las siguientes características.

- a) La jurisdicción es ejercida por magistrados que representan al rey.
- b) La acción es ejercida por un procurador real.
- c) El juez tiene un poder absoluto de impulsión del proceso e investigación de la verdad.
- d) La prisión preventiva con la incomunicación del imputado es una regla sin excepción.
- e) Para valorar la prueba se utiliza el sistema de la prueba tasada o legal.

³⁵ HELIE citado por VELES MARICONDE, Alfredo (1969). Derecho Procesal Penal. 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Ediciones p 243.

f) El procedimiento es escrito, absolutamente secreto y no contradictorio.

g) La arbitraria y omnímoda voluntad del príncipe ataca y vulnera el principio de la cosa juzgada.³⁶

Esta es una etapa oscura para el derecho penal, se violentan todo tipo de derechos fundamentales de los acusados, lo único importante es imponer castigos y penas.

El imputado se convierte en un objeto del proceso carente de derechos.

El juez inquisidor cumple un doble rol, el de director del proceso y el de ente acusador, es por ello que conseguir una absolutoria es algo irrisorio.

La posición del inquirido es trágica en esta época, pues pierde toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento al reputarse de antemano como cierto el temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transforma en regla.

“Aparte de la facultad de aceptar la imputación y confesar, fueron escasas las facultades que perduraron para el imputado y que permiten reconocerlo como una persona, como un sujeto de derechos. Entre ellas se debe citar, principalmente, la confrontación (careo) con los testigos de cargo durante el juicio, y la posibilidad de apelar las decisiones judiciales, recurso que, incluso permitía superar, tardíamente y en forma parcial, el secreto del procedimiento. Ciertos límites en la tortura o la posibilidad de reclamar la intervención directa del rey para que ejerciera su poder de gracia, no representaron, en realidad, facultades del imputado, sino

³⁶ VELES, op.cit., p 97 .

autolimitaciones del poder penal del soberano y derivaciones del ejercicio absoluto de ese poder por aquél a quien residía la soberanía".³⁷

4. Legislaciones modernas de Europa continental y sistema mixto.

El sistema mixto se desarrolla enteramente con el código de Napoleón (1808); consiste en la reunión de los elementos del sistema acusatorio y el inquisitivo.

El sistema inquisitivo tiene dos presupuestos básicos: la persecución penal pública de los delitos y la averiguación de la verdad histórica. A pesar del nuevo orden mundial producto del triunfo político del iluminismo en la Revolución Francesa; esto no logra erradicar las ideas inquisidoras.

En la ilustración se busca regresar al sistema acusatorio propio del derecho Griego y Romano pero no se logra enteramente volver a este sistema.

A pesar que si hay un cambio en el paradigma, lo cierto es que se conservan resabios del sistema inquisitivo, por ello su carácter de mixto.

El sistema mixto, propio de las legislaciones modernas Europeas, que nacen luego de la Revolución Francesa, presenta dos fases; una escrita o de instrucción, que se asemeja en la actualidad a la etapa de investigación que lleva a cabo el Ministerio Publico; otra oral y pública, la cual realiza un tribunal colegido o unipersonal, dependiendo de la

³⁷ MAIER, *op.cit.*, p 315.

situación concreta; a este tribunal se le encarga la labor de dirigir el debate.

Según el autor Alfredo Veles Mariconde, el proceso mixto tiene las siguientes características.

a) La jurisdicción se ejerce durante la instrucción por un juez técnico y, durante el juicio, por un tribunal popular o técnico.

b) La acción penal la ejerce un órgano estatal, el Ministerio Público.

c) La valoración de la prueba es el sistema de íntima o de libre convicción.

d) El procedimiento es escrito en la instrucción preparatoria y oral en la etapa de juicio.³⁸

En este sistema si bien es cierto uno de los fines del proceso es la búsqueda de la verdad histórica, lo cierto es que esta búsqueda se encuentra limitada básicamente en relación con los derechos fundamentales del acusado.

“Si se quiere expresar en pocas palabras ese compromiso, se dirá que la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, comprendidas como metas absolutas en el enjuiciamiento inquisitivo, al punto de tolerar la utilización de cualquier medio para alcanzar esos fines, se transformaron en valores relativos, importantes en sí pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos, acondicionaban los medios por los cuales podían ser alcanzadas aquellas metas individuales, que impusieron el

³⁸ HELIE *op.cit.*, p 23.

tratamiento como inocente de una persona hasta que los tribunales designados según la ley no dictaran una sentencia firme de condena, para lo cual resultó absolutamente e imprescindible un juicio previo, conforme a reglas que estableció la ley, en el cual se garantizara la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción utilizada contra quien lo sufría para obligarlo a revelar datos que pudieran perjudicarlo. Se entiende, así, como estos valores, referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aún a costa de esos principios. ³⁹

Sección II. Sobre la verdad.

1. Concepto de verdad.

*“Desde el punto de vista del conocimiento histórico, reproductor de objetos reales, que existen en el tiempo y en el espacio, verdad es la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado. Si no nos referimos al pensamiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático), sino al pensamiento reproductor, copiator de objetos reales, el concepto de verdad alude siempre a una relación de conocimiento, la que se establece entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, o a conocer, trascendente a él. Desde este ángulo de observación verdad es, entonces, la representación ideológica correcta de una realidad ontológica”.*⁴⁰

El primero en dar una definición de la verdad fue Aristóteles para quien *“decir que lo que es no es o que lo que no es no es, es verdadero”*⁴¹. Para él es verdadero lo que tenga una correspondencia con la realidad, esto es una correspondencia en su acuerdo con la realidad, es precisamente de esta aseveración que nace la Teoría de la Correspondencia.

³⁹ MAIER, Julio (1996). Derecho procesal penal, fundamentos. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina: Editores del puerto s.r.l p 450.

⁴⁰ *Ibid.* p 841-842.

⁴¹ Aristóteles, op.cit., p 241

Para Luigi Ferrajoli ⁴²el concepto de verdad (desde la óptica jurídica) se divide en dos componentes, por un lado la verdad fáctica o de hecho; por ejemplo (Luis mató a Juan) donde la anterior frase: (Luis mató a Juan) se verifica por medios empíricos tales como la prueba incriminatoria que se basa en que realmente Luis es quien dio muerte a Juan. Por otro lado se encuentra la verdad jurídica o de derecho por ejemplo (la acción que cometió Luis fue un Homicidio Simple), esto se prueba interpretando el significado de los enunciados normativos que califican el hecho (delito).

Para Alfred Tarski,⁴³ el término verdad es una estipulación general de las condiciones de uso del término "verdadero". Según esta definición, una proposición "P" es verdadera sí y solo sí, "P", donde "P" está por el nombre metalingüístico de la proposición y "P" por la proposición misma; por ejemplo, la oración: "La nieve es blanca". Es verdadera si y sólo si la nieve es blanca.

El concepto de verdad es una construcción cultural. Históricamente no siempre predomina este concepto de verdad (verdad como concordancia entre el enunciado y la realidad). En la Inquisición, por ejemplo, aunque se busca celosamente la verdad del hecho, no se permite la observación o inducción como formas de conocer la verdad, se utilizan métodos alejados de toda comprobación empírica tales como el conocimiento rebelado.

⁴² FERRAJOLI, op.cit., p 44-46.

⁴³ TARSKI citado por GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l., p 52-53.

En el derecho antiguo, propiamente en el derecho germano, para dirimir conflictos, se utilizaron técnicas tales como las ordalías y los juicios de Dios.

Se puede definir verdad como: la correspondencia del enunciado con la realidad oncológica.

"Verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es. El juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer dicha verdad, ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad oncológica. Se trata, pues, de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (o a otro que critique su afirmación), por lo cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme a su finalidad".⁴⁴

Por lo que ante este juicio se tienen tres resultados, se llega al éxito por alcanzar la finalidad de conocer la verdad o se fracasa al no ser capaces de alcanzar la finalidad de la acción emprendida. Este fracaso no siempre en absoluto, aquí aparece la tercera solución: el fracaso relativo. El resultado de la acción emprendida, se haya aproximada, más o en menos a su finalidad o sea a conocer la verdad. Es por ello que se utilizan los términos duda, probabilidad y certeza, para comprender el problema del fracaso relativo del sujeto, a la hora de conocer la verdad de los hechos.

La duda es un estado subjetivo del sujeto cognoscente, que se ubica en la antípoda de la certeza, el sujeto reconoce su fracaso absoluto, en su

⁴⁴ MAIER, *op.cit.*, p 843.

intento por conocer la verdad; este estado no le permite afirmar nada cierto o probable sobre el objeto por conocer.

La duda es un producto intermedio entre la certeza positiva y la negativa, una especie de equilibrio entre elementos que inducen a negarla o afirmarla; todos ellos son igualmente atendibles.

Según Nicolás Guzmán el estado de duda se define de la siguiente manera:

"La duda consiste en aquel estado mental en el que se encuentra el juzgador del cual ya no puede salir, respecto de la existencia o no del hecho o de la responsabilidad o no del imputado. Los elementos que concurren en apoyo de la hipótesis acusatoria se encuentran en un mismo plano que aquellos que concurren en apoyo de la hipótesis defensiva, ya que no hay más pruebas que realizar y la balanza se encuentra totalmente equilibrada respecto a la confirmación de una y otra hipótesis. La duda "representa un estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer; la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación".⁴⁵

En cuanto a la probabilidad, en este caso, el sujeto cognoscente cree acercarse al resultado buscado y conocer la verdad, pero no está convencido de estar enteramente en posesión de la verdad, aunque cree que se aproxima bastante a ella. Aunque coexisten elementos positivos y negativos, los elementos positivos superan a los negativos.

Para José Cafferata Nores:

"Habrá probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquellos

⁴⁵ GUZMÁN, *op.cit.*, p 29.

sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay imposibilidad (o probabilidad negativa)".⁴⁶

En cuanto al peso que debe dársele a la probabilidad, esta es suficiente para sostener la absolutoria de un imputado en una causa penal, e incluso el dictado de un sobreseimiento definitivo, pero nunca puede ser suficiente para apoyar una sentencia condenatoria, ya que para esta, es totalmente indispensable la certeza absoluta.

"La probabilidad negativa y la duda, por su parte, no pueden llevar más que al sobreseimiento y/o absolutoria del acusado, según la etapa del proceso que sea. Si la probabilidad positiva, como se dijo es necesaria, tal como está diagramado nuestro sistema procesal, para emitir una resolución "provisoria" respecto a la posibilidad de proseguir el proceso con la consecuente remisión del expediente a juicio, la probabilidad negativa es suficiente para el dictado del sobreseimiento del imputado, puesto que, obviamente, en este caso es más probable que el hecho no haya existido o que no haya sido cometido por aquel".⁴⁷

Si la verdad es una percepción subjetiva del sujeto cognoscente de encontrarse con la creencia de alcanzarla, entonces se entiende que hay certeza cuando precisamente este sujeto cognoscente tenga la firme idea de alcanzar dicha verdad. Por lo que puede definirse la certeza como la firme convicción de estar en posesión de la verdad.

"Certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencias de que algo existe) o negativa (firme creencias de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir saltando obstáculos en procura de alcanzar

⁴⁶ CAFFERATA, *op.cit.*, p 9.

⁴⁷ GUZMÁN, *op.cit.*, p 30.

esa certeza. Y en ese tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad”⁴⁸

Según Nicolás Guzmán⁴⁹ se habla de certeza subjetiva cuando no existen vacilaciones en que cierto enunciado es verdadero, implica que no existen dudas que obstaculicen el convencimiento de quien decide; es por ello que para aplicar una condena se requiere eliminar toda situación que provoque duda.

Para que una sentencia condenatoria sea válida, se requiere como condición indispensable la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria. Se debe entender esta certeza como una certeza subjetiva, es decir, la libre convicción del juez: la convicción precisamente, ya no sobre lo que realmente sucedió, sino solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad (sistema de valoración de la prueba basado en la libre convicción del juez).

En cuanto a esto, señala José Cafferata Nores:

“Es bueno aclarar que la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia se tiene por verdadera hasta que se pruebe lo contrario, lo cual no excluye el derecho de aquel a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado”.⁵⁰

⁴⁸ CAFFERATA, op.ct., p 8.

⁴⁹ GUZMÁN, op.cit., p 30.

⁵⁰ CAFFERATA, op.cit., p 7.

2. Teorías sobre la verdad:

Existen cuatro teorías que definen el concepto de verdad. La teoría de la correspondencia propuesta por Bradley, la teoría pragmática propuesta por Peirce, William James, Schiller y Dewey, la teoría consensualista propuesta por Jürgen Habermas y la teoría de la correspondencia propuesta por Alfred Tarski y John Austin, que, dicho sea de paso, es la proposición utilizada en la presente tesis para definir el término verdad.

A. Teoría coherentistas.

La teoría de la coherencia la propone Bradley. Para él, la verdad consiste en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias.

"En esta teoría, una cierta relación de coherencia se supone dada o definida entre las creencias, siendo esta relación simétrica y transitiva, de manera tal que el campo de la coherencia forma un único grupo de creencias que son las llamadas "verdaderas", mientras que las otras creencias son llamadas "falsas".⁵¹

Esta tesis es criticada por Karl Popper,⁵² quien alude que dicha noción confunde el término verdad con coherencia; indica que la coherencia no supone la verdad. Si bien puede servir como un criterio para la aceptabilidad de la verdad, lo cierto es que no se puede tomar la coherencia como sinónimo de verdad.

⁵¹ GUZMÁN, *op.cit.*, p 44.

⁵² POPPER citado por: GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l., p 44.

"Mario Bunge ha explicado que la coherencia es necesaria aunque no suficiente para hablar de "verdad" en el campo de las ciencias fácticas. En las ciencias formales, es decir, en las ciencias deductivas tales como la matemática y la lógica, la verdad si puede consistir directamente en la coherencia del enunciado como un sistema de ideas admitido previamente; es que en este tipo de ciencias la relación no se establece con la realidad sino entre signos inventados; los enunciados no son por consiguiente "verdaderos" fuera de ese sistema de ideas admitidas previamente".⁵³

En las ciencias formales sí es posible hablar de coherencia como sinónimo de verdad, ya que los teoremas en que ellas se fundamentan son totalmente verificables por medios empíricos, por constituirse a partir de signos inventados; no así en las ciencias fácticas, las cuales se ocupan de hechos, cosas o procesos en donde la coherencia no siempre supone la verdad.

B. Teoría pragmática.

Esta teoría es desarrollada por Peirce, William James, Schiller y Dewey.

Esta teoría parte de la premisa, que la verdad de una creencia está constituida por ciertas características de sus consecuencias, las cuales deben ser buenas.

⁵³ GUZMÁN, *op. cit.*, p 44.

Para William James,⁵⁴ algo es verdadero en la medida en que la creemos beneficiosa para nuestras vidas.

Para juzgar una creencia solo es necesario descubrir si es conveniente para algún modo de pensar. *La verdad queda reducida a su utilidad*, si es útil entonces resulta verdadero.

Esta teoría recibe la crítica de Karl Popper y Bertrand Russel.

Para Karl Popper,⁵⁵ la teoría del pragmatismo, confunde el término verdad con utilidad, por su parte Bertrand Russell considera que existe una confusión entre creer y sostener una hipótesis como posible; el hecho que se crea en una determinada teoría, no la hace verdadera por eso, así sea conveniente para nuestras utilidades.

*"Según esta teoría, la verdad de una creencia estaría constituida por ciertas características de sus consecuencias, las cuales deben ser "buenas". De acuerdo a la doctrina del pragmatismo, si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no lo favorece".*⁵⁶

Según Nicolás Guzmán⁵⁷ lo que hace el pragmatismo es presumir que se puede decir que "conocemos" una verdad cuando creemos en ella (incluso al azar, sin razones) por una mera cuestión de utilidad, de modo que para juzgar si una creencia es verdadera, solo es necesario descubrir si tiende a la satisfacción del deseo. Pero el hecho de pensar (o persistir en

⁵⁴ JAMES, citado por: GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l., p 46.

⁵⁵ POPPER citado por: GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l., p 46.

⁵⁶ Ibid. p 46.

⁵⁷ GUZMÁN, op. cit., p 46-47.

mantener) una creencia como verdadera (en función de su utilidad) no arroja luz sobre si lo que creemos constituyen hechos verdaderos.

C. Teoría consensualista.

Esta teoría la propone Jürgen Habermas.

"La teoría consensual de la verdad pretende explicar la peculiar coacción sin coacciones que ejerce el mejor argumento por las propiedades formales del discurso y no por algo que, como la consistencia lógica de las oraciones, subyace al contexto de la argumentación o que como la evidencia de las experiencias, penetra, por así decirlo, en la argumentación desde fuera".⁵⁸

Para Jürgen Habermas⁵⁹ el concepto de verdad, desde su óptica, se basa en los juegos del lenguaje, indica que si se logra dar propiedades formales a un discurso, es posible lograr que este discurso se convierta en el "el discurso de la verdad". Esta teoría busca siempre el consenso racional a través del discurso.

Para que la verdad sea definida de esa manera, el discurso debe reunir ciertas características formales, por lo que Jürgen Habermas recurre a la llamada "situación ideal del habla" para la cual, el discurso no va a tener impedimentos internos (propios de la estructura de la comunicación), ni inconvenientes externos. La situación ideal del habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen (2001). Teorías de la verdad, Teorías de la acción comunicativa; complementos y estudios previos. Madrid, España: Editorial Cátedra, p 140.

⁵⁹ *Ibíd.* p 150-155.

Para que esto sea posible llevarlo a la práctica, se requiere que todos los participantes del discurso tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos (abrir un discurso y perpetuarlo, interrumpir a otros locutores, preguntar, responder y tener el derecho a la réplica). Además, que todos tengan por igual, el derecho a hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, justificaciones, de refutar y razonar. Esto supone un consenso universal entre los que escuchan y los que hablan. El que habla debe tener la intención de comunicar un contenido proporcional verdadero, para que el que escucha comparta su saber; el que habla debe querer exteriorizar las propias intenciones de modo verdadero, para que el que escucha pueda creer (tener confianza) en aquello que dice.

*“Solo puede atribuirse un predicado a un objeto, con la ayuda de oraciones predicativas, si también “cualquiera que pudiera entrar en discusión conmigo atribuye el mismo predicado al mismo objeto: para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos – señala el filósofo- me refiero al juicio de los otros y por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión. Por ello, **la condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de los demás.** Cualquier otro objeto del predicado de que se trate, pudiendo darme por tanto su asentimiento. La verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho.*

*El consenso al que se llegue deberá ser un consenso fundado”.*⁶⁰

Arthur Kufmann ⁶¹ critica fuertemente esta teoría, él indica que este modelo, para definir los criterios sobre la verdad, sirve para legitimar mentiras que formalmente se conciben como verdades; además, la tesis

⁶⁰ KUFMANN, citado por: GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, Una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l... pág. 58

⁶¹ Ibid, p 58.

de Jürgen Habermas se basa en un supuesto consenso universal que sencillamente no existe.

"Con todo ello, Kaufmann señala que la objeción más importante que puede dirigirse contra esta teoría es que "el esclarecimiento de la verdad llega a ser así un negocio concluido consigo mismo, que sirve para legitimar como verdad aun las mentiras consentidas formalmente correctas". La falta de un consenso, a su vez, no prueba, ni siquiera es un indicio, de que todos o alguno estén en el error. "es posible- añade Kaufmann- lograr un consenso de que un determinado enunciado es erróneo; pero también un consenso semejante debe tener un contenido, pues que al consenso le baste el presupuesto de la situación convencional ideal, nada dice acerca de qué cosa allí puede ser errónea. Error que precisamente puede ser, lo mismo que la verdad. Solo error sobre algo".⁶²

D. Teorías de la correspondencia.

Esta teoría constituye el punto de partida de la presente tesis. Ya que parte del concepto de verdad como la correspondencia entre el enunciado y la realidad.

Esta teoría viene desde Aristóteles, para quien esta noción de verdad responde a la correspondencia o acuerdo con la realidad.

La verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer, culmina con éxito, conforme con su finalidad. Esto, por cuanto existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el

⁶² KUFMANN, op.cit., p 59.

objeto mismo, como realidad oncológica. Se trata de una noción que no se agota en la definición objetiva de lo que significa cuando se emplea el concepto, sino de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (a otro que critique su afirmación), por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme con su finalidad.⁶³

Esta teoría es criticada al considerarse que el concepto de verdad es relativo, nunca absoluto, pues el conocimiento es una construcción cultural que se produce en contextos diferentes que lo relativizan.

La teoría de la correspondencia fue desarrollada por Alfred Tarski y John Austin.

Para Alfred Tarski ⁶⁴ el concepto de verdad es una construcción semántica. Este autor señala que existen dos tipos de lenguaje: el lenguaje-objeto y el meta-lenguaje.

El lenguaje objeto es el que se usa en determinado enunciado para hablar de algo.

Por su parte el meta-lenguaje es utilizado cuando se habla del enunciado mismo.

Alfred Tarski retoma las ideas realistas de Aristóteles, busca definir el término verdad dándole valor al lenguaje, determina que para alcanzar esa definición se requiere que el lenguaje cumpla ciertas características;

✓ Adecuación material:

⁶³ Aristóteles, op.cit., p 240.

⁶⁴ TARSKI, op.cit., p 58.

Para alcanzar una adecuada definición de verdad se debe cumplir con la convención (T). Esto es;

(T) O es verdadera sí y solo sí (P)

Por ejemplo, si decimos que, "la nieve es blanca", esta frase es verdadera si y solo si la nieve es blanca.

Esta oración cumple con la convención (T) esto representa la condición formal que debe cumplir la definición de la verdad para un lenguaje.

✓ Adecuación formal.

Esta adecuación formal se refiere a la estructura que debe cumplir el lenguaje ya que puede ocurrir que una misma afirmación sea verdadera en un lenguaje y falsa en otro lenguaje.

Para Alfred Talski estas condiciones no las cumple ningún lenguaje natural, pues en estos no se hace la distinción entre lenguaje y metalenguaje.

Alfred Talski intenta definir el concepto de verdad para teorías formales y lo hace imponiendo condiciones que eviten que el lenguaje se refiera a sí mismo, de forma redundante y que contengan ambigüedades; al final, termina definiendo verdad desde una noción de la satisfacción. Se debe dejar claro que Alfred Talski nunca da un concepto riguroso de verdad al considerar que el lenguaje es una construcción semántica cultural y relativista.

Por su parte, John Austin ⁶⁵ sostiene que para que una afirmación sea verdadera no tiene que reproducir la estructura de la realidad sino que la correspondencia se basa en relaciones puramente convencionales entre las palabras y el mundo.

*“Una afirmación para ser verdadera, no tiene la necesidad de reproducir la estructura o la forma de la realidad. La versión de Austin explica la correspondencia no mediante un isomorfismo estructural entre proposiciones y hechos, sino simplemente en término de relaciones puramente convencionales entre la palabra y el mundo. De ese modo, para que una afirmación pueda ser considerada verdadera, basta que la situación histórica concreta con la cual se correlaciona a través de las convenciones demostrativas (es decir, la situación a la cual se refiere) sea de un tipo con el cual la frase empleada para realizar esa afirmación se correlaciona por medio de las convecciones descriptivas, siendo todas estas correlaciones puramente convencionales”.*⁶⁶

3. La verdad como objetivo del procedimiento.

La dicotomía entre la verdad material y formal es una división clásica. Desde tiempos inmemorables se hace la distinción entre estas dos formas de buscar la verdad.

Tradicionalmente se identificó el término verdad material, real o histórica al proceso penal y se ligó al proceso civil el tema de la verdad formal o procesal.

⁶⁵ AUSTIN, citado por: GUZMÁN Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica p 58.

⁶⁶ GUZMÁN, op.cit., p 55.

Esta dicotomía nació, no porque en el proceso civil y en el penal se tenga una definición diferente de lo que es verdad, sino por los medios en que fue históricamente buscada una respecto de la otra.

A. Verdad real.

La verdad real, material o histórica se liga al proceso penal y es propia del sistema inquisitivo donde se le considera un verdadero valor del proceso, la búsqueda y el hallazgo de la verdad histórica de los hechos.

El artículo 180 CPP es el que sustenta el principio de verdad real en el sistema penal costarricense:

"El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación".

En el proceso penal, el juez, en aras de la búsqueda de la reconstrucción de los hechos, toma un papel activo dentro de esa averiguación.

En el sistema inquisitivo, por ejemplo, el juez inquisidor cumplió un doble rol, el de director del proceso y el de ente acusador; es por ello que conseguir una absolutoria fue algo irrisorio. El juez tuvo un poder absoluto de impulsión del proceso e investigación de la verdad.⁶⁷

Otro es el sistema mixto; como en la práctica se ha convertido el sistema penal costarricense, concebido en sus inicios como acusatorio. Si bien, aquí no hay un juez con poderes de instrucción, lo cierto es que este juez,

⁶⁷ VELES, op.cit., p 97.

en la etapa de juicio, puede intervenir activamente en el debate en aras de buscar esa verdad; por ejemplo, cuando interroga a los testigos tanto de la parte acusadora como de la defensa, según lo permite el artículo 343 CPP.

(...)"Durante el transcurso del juicio, las partes y el tribunal podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones". Los jueces tienen la potestad de hacer traer al debate prueba para mejor proveer aún de oficio, esta potestad discrecional del juez es regulada en el artículo 355 CPP.

"Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento".

Finalmente existe la posibilidad que los jueces reabran el debate una vez concluido para recibir nueva prueba, según lo permite el artículo 362 CPP.

" Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados".

Para Luigi Ferrajoli:

"La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprendensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales con cualquier medio mas allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida verdad sustancial al ser

perseguida fuera de reglas y controles, y sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degeneraría en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognocitismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal".⁶⁸

La búsqueda de la verdad real no es irrestricta, tiene sus limitaciones que responden básicamente a las garantías fundamentales, legales y procesales que tiene la persona acusada en un proceso penal. Estas limitaciones propias de un Estado Social y de Derecho, se desarrollan en el capítulo segundo de la presente tesis.

B. Verdad formal.

La verdad formal siempre se liga al proceso civil, que se limita a verificar las proposiciones de las partes y se cumplen sus fines cuando el conflicto, objeto del litigio, se dirime, sin importar realmente si se encontró la verdad histórica del hecho en discusión.

El proceso civil, a diferencia del penal, no tiene entre sus objetivos la averiguación de la verdad real (histórica) sino la paz social y la aplicación de las normas de fondo (visión utilitarista del proceso); así lo establecen los artículos 3 y 5 Código Procesal Civil (CPC).

Artículo 3 CPC.

"Al interpretar la norma procesal, el juez deberá tomar en cuenta que la finalidad de aquélla es dar aplicación a las normas de fondo. En caso de duda, podrá acudir a los principios generales del Derecho Procesal".

Artículo 5 CPC.

⁶⁸ FERRAJOLI, *op.cit.*, p 44.

“Las normas procesales son de orden público y, en consecuencia, de obligado acatamiento, tanto por el juez como por las partes y eventuales terceros. Se exceptúan de estas reglas las normas que, aunque procesales, sean de carácter facultativo, por referirse a intereses privados de las partes”.

El juez en el proceso civil tiene una posición pasiva, se limita a lo que las partes aporten al proceso. Es legítimo que las partes oculten hechos o que sólo aporten algunos de ellos. La litis es totalmente privada, las únicas partes son el actor y el demandado, el juez tan solo es un árbitro en el conflicto ajustado, a lo que las partes que integran la litis aporten.

El proceso civil se utiliza cuando una persona pretende que se declare a su favor un derecho o una certeza jurídica. Tanto es así que incluso existen normas procesales que enrumban el proceso civil de una manera formalista en la cual, lo realmente importante, es el cumplimiento de los preceptos legales aplicables a la litis y no así la averiguación de la verdad real de los hechos, entre estas normas tenemos:

Artículo 305 CPC.

(...) el juez le prevendrá, con indicación de los defectos, que debe corregirlos dentro de tercer día. Si el demandado incumple esta prevención, se tendrán por admitidos los hechos sobre los que no haya dado respuesta en la forma expresada, salvo aquéllos que resulten contradichos por un documento o por una confesión judicial”.

Artículo 343 CPC.

"La parte estará obligada a responder personalmente el interrogatorio que se le formule, cuando así lo exija el contrario, lo ordene el juez de oficio, o el apoderado ignore los hechos".

Artículo 338 CPC.

"La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace. Para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario".

Con estos artículos del CPC queda de manifiesto que el fin del proceso civil es dirimir conflictos sociales y velar porque esta solución sea rápida; no se considera un fin del proceso la averiguación de la verdad de los hechos. En el artículo 305 CPC, se establece, la posibilidad de tener por ciertos hechos en los cuales el demandado no se refiriera, en forma expresa, a la hora de la contestación de la demanda. Además, se establece en el 338 CPC la confesión como plena prueba significando esto, que simplemente por la simple aceptación de los hechos por una de las partes e incluso por el silencio de una de ellas queda dirimido el conflicto. Esto deja claro que la verdad procesal se sustenta de formalismos jurídicos que deben cumplirse en el rito llamado juicio y que la reconstrucción histórica de los hechos es propia del proceso penal.

Sección III. Medios y métodos para averiguar la verdad.

1. Concepto de Prueba.

La prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente.⁶⁹

Desde el punto de vista jurídico, probar un hecho significa crear objetivamente, dentro de un procedimiento o un proceso judicial, las condiciones intelectuales y materiales, para que el juez llegue razonablemente a formar su convicción acerca de la existencia y características de aquel hecho; se corrobora así el juicio afirmativo de las partes sobre el mismo.

En términos de la teoría procesal, no tiene sentido hablar de las pruebas “privadas”, las que se reproducen entre particulares y para particulares. Las pruebas se practican para y ante el juez, él es quien tiene el ejercicio de la potestad jurisdiccional; la prueba está destinada a producir la convicción del juez.⁷⁰

La prueba penal no evolucionó, acompañada de los adelantos de la civilización, sino que fue reflejo de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia.

Es posible distinguir dos momentos bien definidos en la historia:

⁶⁹ CAFERATA, op.cit., p 3.

⁷⁰ ANTILLON MONTEALEGRE, Walter (1999). Teoría del proceso jurisdiccional. San José, Costa Rica; Editorial Instituto de Investigaciones, p 183-184.

1. Cuando era la divinidad quien determinaba si un sujeto era culpable o no. Los tribunales aquí hicieron lo necesario para que esa verdad fuera rebelada, ejemplo de ello encontramos los juicios de Dios⁷¹ y las ordalías.⁷²

2. Cuando son los jueces los que deciden sobre la culpabilidad de un sujeto. Es aquí donde aparece la prueba, como medio para encontrar la verdad de los hechos.⁷³

La prueba es todo dato o elemento objetivo que sirve al descubrimiento de la verdad, en relación con el hecho que se investiga.⁷⁴

"Prueba es todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de sus orígenes, significa la fuente de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva".⁷⁵

Según José Cafferata Nores⁷⁶ el concepto de prueba debe ser descompuesto en cuatro elementos: objeto de prueba, medio de prueba, órgano de prueba y elemento de prueba.

2. Elemento de prueba.

Descomponiendo este concepto, en cuanto a la objetividad, esta se refiere a que el elemento probatorio debe emanar del mundo exterior al

⁷¹ Un ejemplo es: puesto el acusado en presencia del cadáver, si de este emanaba sangre, se juzgaba que era una señal divina de que era el culpable.

⁷² CAFERATA, *op.cit.*, p 4.

⁷³ *Ibid.*, p 4.

⁷⁴ HOUED, *op.cit.*, p 57.

⁷⁵ FLORIAN, Eugenio (1982). *De las pruebas penales*. Tomo I, 3º ed., Bogotá, Colombia: Editorial Temis p 43.

⁷⁶ CAFERATA, *op.cit.*, p 12.

proceso, nunca podrá ser fruto del conocimiento privado del juez. La objetividad debe ser tal que pueda ser corroborada por las partes en el proceso.

El juez nunca puede incorporar un dato que sirva de elemento de prueba en un proceso, si lo conoce de una forma privada, por medio de un acontecimiento propio de su experiencia.

En cuanto a la *incorporación legal al proceso* del elemento probatorio, la incorporación de los elementos probatorios a un determinado proceso, debe realizarse cumpliendo todos los requisitos de legalidad. Esta autenticidad consiste, tanto en la manera como se obtiene la prueba, como en la forma de incorporación de esta, al proceso.

La obtención legal, significa que los elementos de prueba deben ser obtenidos sin violentar las garantías individuales del acusado o demás partes del proceso. Ejemplo de ello son los elementos de prueba obtenidos en un allanamiento legal, al cumplir todas las formalidades que el Código Procesal Penal (CPP) establece para este acto.

La prueba obtenida con observancia de todas las garantías constitucionales y legales se considera prueba lícita y puede ser utilizada para fundamentar cualquier tipo de resolución.

Existen, dentro del proceso, ciertos formalismos que deben ser cumplidos para que la prueba traída a juicio adquiera total validez.

La prueba que no cumpla estos requisitos se considerara prueba ilícita.

"Entenderemos por prueba ilícita, aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implique un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso".⁷⁷

La ilicitud probatoria no puede, en ningún caso, sustentar una sentencia condenatoria, pero sí podría sustentar una sentencia absolutoria. El sistema penal costarricense admite utilizar un elemento obtenido de manera ilegal, si este beneficia al acusado. En Costa Rica la obtención ilegal de la prueba, violenta las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 39 y 40 de la CPR.

Artículo 39 CP.

"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...."

Artículo 40 CP.

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencias será nula".

El artículo 180 CPP establece:

"Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código."

⁷⁷ARMIJO, *op.cit.*, p 179.

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas".

Este artículo plasma el principio de legalidad de la prueba, al establecer que todos los elementos de prueba que sean obtenidos por medios legales o sean incorporados al proceso cumpliendo, todos los formalismos de ley, se consideran lícitos y son totalmente válidos para fundamentar cualquier resolución judicial que se dicten al efecto. No así, los elementos de prueba que se obtengan o se incorporen al proceso, irrespetando los derechos y garantías individuales de los imputados; estos se consideran inválidos e ilícitos y no pueden utilizarse para fundamentar una sentencia condenatoria por violentar las reglas del debido proceso, salvo que dichos elementos favorezcan al imputado; siendo así, el elemento puede tener la validez necesaria para utilizarse en el proceso.

Finalmente, en cuanto a la capacidad del elemento probatorio de producir *un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación*. El elemento probatorio es relevante, no sólo cuando lleve a la certeza sobre un determinado acontecimiento, sino también cuando lleve a la probabilidad sobre la existencia del hecho. Por lo que, tan importante es un elemento probatorio cuando produzca la certeza de la hipótesis fáctica, como cuando lo que genere, sea probabilidad sobre la existencia histórica de un hecho.

3. Objeto de prueba.

"El objeto de prueba es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba".⁷⁸

"El objeto de la prueba será el que resulta de las peticiones o de la actividad del Ministerio Público y de las partes, pero sobre ellos está la vigencia del juez, quien, por encarnar el interés superior de la justicia, puede por sí mismo ampliar y restringir el objeto de investigación probatoria".⁷⁹

El objeto de la prueba o tema por probar no puede recaer sobre los hechos en sí mismos, ya que estos tuvieron lugar en un momento anterior al proceso y se agotaron o desaparecieron un instante después de ocurridos; es por ello que el objeto de prueba lo constituyen los juicios de hecho, o juicios de existencia que las partes hacen sobre los hechos.⁸⁰

La prueba debe recaer sobre: juicios de hechos naturales, juicios de hechos humanos, existencia de las calidades de las personas y el derecho no vigente.

No son objeto de prueba los hechos públicos y notorios, el derecho positivo vigente y los hechos no controvertidos.

La prueba debe versar sobre la existencia del hecho delictivo o las circunstancias periféricas que rodean al hecho principal, por ejemplo las condiciones atenuantes o agravantes del acontecimiento.

El artículo 183 CPP regula la admisibilidad de la prueba en materia penal.

⁷⁸ CAFERATA, *op.cit.*, p 21.

⁷⁹ FLORIÁN, *op.cit.*, p 142.

⁸⁰ ANTILLON, *op.cit.*, p 186.

“Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad.

Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes.

El tribunal puede prescindir de la prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”.

4. Medio de prueba.

“Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso”.⁸¹

Señala Eugenio Florián el medio de prueba representa el momento en que el aporte de la prueba se manifiesta en su mayor eficiencia, y a través de él se efectúa el contacto entre el objeto de prueba y el juez, ya que por su intermedio el objeto de prueba se pone al alcance del juez y de los demás sujetos procesales”.⁸²

Según Cecilia Sánchez Romero y otros,⁸³ los principales medios de prueba son:

- ✓ La declaración del acusado.

Este medio de prueba se encuentra regulado en los artículos 91 y 309 CPP.

Artículo 91 CPP.

“Cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del

⁸¹ CAFERATA, *op.cit.*, p 20.

⁸² FLORIAN, *op.cit.*, p 3.

⁸³ HOUED, SÁNCHEZ, FALLAS, *op.cit.*, p 62-75.

Ministerio Público encargado de la investigación procederá a recibirle la declaración.

Si el imputado ha sido aprehendido, se le deberá recibir la declaración inmediatamente o, a más tardar, en el plazo de veinticuatro horas contadas desde su aprehensión. El plazo se prorrogará por otro tanto, cuando sea necesario para que comparezca el defensor de su confianza.

El imputado tendrá derecho a declarar cuando lo estime indispensable, siempre que su declaración sea pertinente y no constituya una medida dilatoria del procedimiento”.

Artículo 309 CPP.

“La acusación o la querrela no se trasladará al tribunal del procedimiento intermedio, si antes no se le ha dado oportunidad al imputado de rendir declaración”.

Estas normas son objeto de polémicas pues se considera que tales declaraciones atentan contra el derecho de defensa material del acusado, pues puede con esta manifestación, producir prueba en contra de sí mismo.

Actualmente son totalmente válidas las declaraciones de los imputados durante el proceso, siempre que sean rendidas con entereza libertad sin coacción alguna y respeten su derecho de abstención, que es protegido por los artículos 36 CPCR y 205 CPP.

Artículo 36 CP.

“En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”.

Artículo 205 CPP.

“Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas”.

✓ La víctima, como órgano de prueba y su declaración como medio de prueba.

El CPP de 1998, le otorgó a la víctima reivindicaciones tales como: la reparación del daño a la víctima, como alternativa a la pena privativa de libertad, la revocatoria de instancia privada en los delitos de acción pública, cuya persecución depende de aquella, el querellante en los delitos de acción pública y la conversión de la acción penal pública en privada.⁸⁴ A pesar de esto, se le considera un testigo más de la causa, en tanto es la persona que suministra informes sobre los hechos que le causaron el daño.⁸⁵

✓ La persona que reviste la calidad de testigo.

La prueba testimonial, dentro del proceso penal, sigue teniendo un enorme peso; se le considera la más adecuada para recordar y reconstruir

⁸⁴ ARIAS, Jeannette (2007). La víctima del delito en el proceso penal; un enfoque desde la victimología y los derechos humanos. En derecho Procesal Penal Costarricense. 2° ed., San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p 1064-1067.

⁸⁵ HOUED, op.cit., p 63.

los acontecimientos humanos⁸⁶, por lo que la declaración de los testigos se considera un deber.

Artículo 204CPP

"Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal".

✓ El perito.

La peritación tiene como objeto introducir al proceso un dictamen fundado en conocimiento científico, técnico o artístico.⁸⁷

El peritaje en ninguna medida viene a suplir al juez en cuanto al tema en que se fundamenta el peritaje; en buena práctica judicial, el peritaje no puede considerarse una prueba tasada. La labor del juez es, con base en las reglas de la sana crítica racional, valora las conclusiones del peritaje y da, luego de estas conclusiones, el valor que corresponda. Nunca considera dichas conclusiones verdaderas per se, pues se caería con esto en una falacia de autoridad; además resulta violatorio de las reglas de la sana crítica racional.

El peritaje se regula en el derecho penal costarricense en los artículos 213 al 224 CPP.

⁸⁶ HOUED, *op.cit.*, p. 63.

⁸⁷ *Ibid.* p 63.

✓ Reconocimiento de personas.

"El reconocimiento de personas es un juicio de identidad entre una percepción presente y una pasada. Es un acto formal en virtud del cual se intenta conocer la identidad de una persona mediante la intervención de otra".⁸⁸

Se le considera un acto de carácter irreproducible, se utiliza cuando el órgano acusador tenga dudas sobre la coincidencia de identidad de una persona en relación con el acusado, para determinar si se trata del mismo sujeto.

Para que el reconocimiento, en rueda de personas, surta todos sus efectos, deben cumplirse todas las formalidades de ley.

Anterior a efectuar el reconocimiento, se interroga a la persona o personas que participan en el reconocimiento (declarantes), estos, deben describir al sujeto por reconocer e indicar si los declarantes conocen con anterioridad a la fecha de comisión del hecho al sujeto por reconocer o si la han visto con posterioridad.

El declarante presta juramento de decir verdad.

La persona que es sometida al reconocimiento, tiene la potestad de traer al acto judicial, los descartes que él considere que más se le parezcan físicamente; el acusado tiene la potestad de escoger dónde desea colocarse a la hora del reconocimiento. El fiscal debe tomar nota de los lugares donde se encuentran ubicados los descartes y el acusado. Posteriormente se le invita al declarante a señalar si entre las personas

⁸⁸ HOUED, SÁNCHEZ, FALLAS, op.cit., p 67.

presentes se halla la que mencionó en la descripción previa rendida ante el fiscal.

Este acto judicial se encuentra regulado en los artículos 227, 228 CPP.

Artículo 227 CPP

"El Ministerio Público o el tribunal podrán ordenar, con comunicación previa a las partes, que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona efectivamente la conoce o la ha visto".

Artículo 228 CPP

"Antes del reconocimiento, quien deba hacerlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata, diga si la conoce o si, con anterioridad, la ha visto personalmente o en imagen.

Además, deberá manifestar si después del hecho ha visto nuevamente a la persona, en qué lugar y por qué motivo.

A excepción del imputado, el declarante será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir la verdad, según sus creencias.

Posteriormente, se invitará a la persona que debe ser sometida a reconocimiento a que escoja su colocación entre otras de aspecto físico semejante y se solicitará, a quien lleva a cabo el reconocimiento, que diga si entre las personas presentes se halla la que mencionó y, en caso afirmativo, la señale con precisión. Cuando la haya reconocido, expresará las diferencias y semejanzas observadas entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude su declaración anterior.

Esa diligencia se hará constar en un acta, donde se consignarán las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hayan formado la fila de personas.

El reconocimiento procederá aun sin consentimiento del imputado".

✓ El reconocimiento por fotografías.

Este medio de prueba se utiliza cuando sea necesario identificar a una persona que figura como sospechosa para ver si tiene alguna relación con el hecho investigado y esto les permite a las autoridades, en caso que el reconocimiento sea afirmativo, hacerla comparecer a estrados judiciales, para la correspondiente declaración indagatoria.

Al declarante se le presenta un álbum con fotografías, se le exponen varios retratos y el declarante debe indicar si en alguna de ella se encuentra la persona por reconocer, su respuesta debe constar en actas.

Este medio de prueba está regulado en el artículo 230 CPP.

"Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, su fotografía podrá exhibirse a quien deba efectuar el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas, observando en lo posible las reglas precedentes".

✓ Reconocimiento de objetos:

Se realiza cuando es requisito para la averiguación de la verdad, que una persona reconozca un objeto determinado, al igual de lo que ocurre en el reconocimiento de personas, en el reconocimiento de objetos, primero se invita al sujeto declarante que describa lo que va a reconocer y luego se le exhiben objetos en la medida de lo posible similares junto al objeto por reconocer.

El artículo 231 CPP es quien regula este medio de prueba.

"Antes del reconocimiento de un objeto, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, regirán las reglas que anteceden".

Según el artículo 232 CPP, son además admitidos los reconocimientos de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial.

"Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas.

Esta diligencia se hará constar en acta y la autoridad podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o video gráfica o mediante otros instrumentos o procedimientos".

✓ Careo.

"Es una confrontación inmediata (cara a cara), entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho, relevante para el proceso".⁸⁹

El careo se realiza cuando existen contradicciones entre dos o más declaraciones.

El imputado puede participar en el careo acompañado por su defensor, pero, el acusado nunca podrá ser obligado a participar en el careo.

El careo se encuentra regulado en el artículo 233 CPP.

"Podrá ordenarse el careo de personas que, en sus declaraciones, hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a intervenir. En el careo del imputado, estará presente su defensor.

⁸⁹ HOUED, SÁNCHEZ, FALLAS, *op.cit.*, p 70.

Regirán, respectivamente, las reglas del testimonio, de la pericia y de la declaración del imputado”.

Aunado a estos medios de prueba, el CPP de Costa Rica admite el principio de libertad probatoria; esto consiste en que un hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre que este no vaya en contra de las garantías y facultades de las personas, ni afecte el sistema institucional.

Artículo 234CPP.

“Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos”.

5. Órgano de prueba.

“El órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso”,⁹⁰son las personas que despliegan ante el juez los medios de prueba”.⁹¹

El órgano de la prueba es el intermedio entre la prueba y el juez. El dato conviccional, que transmite, puede haberlo conocido por un medio accidental, como en el caso de un testigo presencial del hecho o bien por medio de encargo judicial, como ocurre en caso de los intérpretes y peritos.

La ley regula su actuación al ocuparse de los diferentes medios de prueba.

⁹⁰ CAFERATA, *op. cit.*, p 19.

⁹¹ ANTILLON, *op.cit.*, p 187.

4. Los principios que rigen la prueba penal.⁹²

1. Investigación oficial de la verdad (principio inquisitivo).

En el proceso civil, rige el principio dispositivo derivado de la autonomía de la voluntad de las partes, en el cual las partes son quienes dirigen el contradictorio y quienes recaban la totalidad de la prueba para el litigio.

"En el derecho procesal civil, rige, en regla general, el principio dispositivo, derivado de la autonomía de la voluntad. Las partes no solo fijan el objeto del proceso, esto es, el objeto del litigio, sino que, además mediante sus declaraciones de voluntad, unilaterales o conjuntas, también acotan la parte de ese objeto procesal discutido, que sirve como referencia al objeto de prueba. Ellas salvo casos específicos, pueden desapoderar al tribunal, de la prueba de un hecho o circunstancia, con solo consentirlo como cierto (confesión) unilateralmente o por la vía del acuerdo con la parte contraria. La declaración de voluntad vincula, ordinariamente al tribunal".⁹³

En el proceso penal, la actividad probatoria no depende de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el proceso,⁹⁴ sino que existe un interés público del Estado de averiguar la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho. El tribunal puede producir y traer al proceso, prueba de oficio cuando considere que es útil y necesario para alcanzar la certeza en una determinada hipótesis fáctica.

En otras palabras, el principio inquisitivo se basa en la posibilidad que tienen los jueces de incorporar de oficio, prueba al proceso, en aras de encontrar la verdad real de los hechos en discusión.

⁹² Estos principios son en relación al tema de la verdad real, entiéndase que no son los únicos principios que rigen el tema de la prueba en materia penal ya que existen otros pero no son de interés para la presente investigación.

⁹³ MAIER, op.cit. p 860.

⁹⁴ Ibid. p 860.

Este principio se encuentra regulado en los siguientes artículos del CPP costarricense:

Artículo 355 CPP

“Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento”.

Artículo 362 CPP.

“Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados”.

2. Libertad de prueba.

“Por este principio se entiende la libertad probatoria que poseen las partes y el juez para aportar al proceso las pruebas que consideren pertinentes y probar por cualquier medio, aquellos hechos que se refiere al objeto del proceso y que sean importantes para influir en la convicción del juzgador sobre la realidad de los mismo. En todo caso, corresponde al juzgador calificar los medios de prueba, e impedir aquellos que contraríen normas o que resulten impertinentes. Prueba referida a hechos que no lo requieran, hay que desecharla porque dilata innecesariamente el proceso y el juez con su poder de dirección le corresponde guiar la fase probatoria”.⁹⁵

El principio de libertad probatoria, permite que las partes puedan utilizar cualquier medio lícito para probar su hipótesis dentro del proceso. La legitimidad de la prueba implica, la prohibición absoluta de valerse de

⁹⁵ ROJAS SANCHEZ, Jorge(2000). El principio de libertad probatoria. San José, Costa Rica., Editorial Guayacán, p 355-356.

medios probatorios ilegítimos, para llegar a la verdad real de los hechos, ya que si bien esta verdad es uno de los fines del proceso penal, no es un fin en sí mismo. Por ello no es permitido utilizar métodos prohibidos, como la tortura, la coacción, o cualquiera de la amplia variedad de pruebas ilícitas o ilegítimas para llegar a demostrar la presunta responsabilidad del imputado en los hechos investigados.⁹⁶

La máxima de que: "*todo puede ser probado por cualquier medio de prueba con la finalidad de buscar la verdad real de los hechos*", no resulta del todo absoluta.

Este principio tiene ciertas limitaciones:

✓ Límites respecto del objeto de la prueba:

Según José Caferrata Nores,⁹⁷ debe existir relación entre lo que se quiere probar y los hechos de la causa, a esto se le conoce como pertinencia.

La prueba no debe recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionadas con la hipótesis que originó el proceso, ya sea de manera directa o indirecta.

Además, hay ciertos temas que no pueden ser probados por expresa prohibición de la ley penal.

✓ Límites respecto de los medios de prueba.

⁹⁶ ARMIJO, op.cit., p 138-139.

⁹⁷ CAFERATA, op.cit., p 24.

La ley no exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico. Por ello es posible producir prueba con los medios expresamente regulados por la ley; asimismo, como por medios que no se encuentran regulados, siempre que se requieran para descubrir la verdad.⁹⁸

No se admiten aquellos medios que afecten la moral y que son incompatibles con el Sistema Judicial Costarricense.

La ley puede establecer un medio probatorio específico con carácter obligatorio para recabar determinada prueba, por ejemplo la inimputabilidad de un acusado dentro de un proceso penal; sólo puede probarse por un dictamen pericial de un experto en la materia, el psiquiatra.

En doctrina existe, frente al principio de la libertad probatoria, el de taxatividad, que hace referencia a que únicamente son válidos los medios de prueba que se encuentran expresamente previstos en la ley.

El CPP, de Costa Rica, sigue el principio de libertad probatoria, según lo establece el artículo 182 CPP.

Artículo 182 CPP.

"Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley".

⁹⁸ CAFERATA, *op.cit.*, p 25.

3. Libre convicción como método de valoración de la prueba.

El sistema de valoración de la prueba, llamado "Sana Crítica", es propio de los sistemas democráticos modernos. Nace como un sistema intermedio entre la rigidez propia del sistema de la prueba tasada o legal y la flexibilidad y arbitrariedad propia del sistema de la "Íntima convicción".

Con el sistema de la Sana Crítica, se busca que el juez, a la hora de resolver en un caso concreto, tenga mayores elementos para fallar y no tenga las ataduras legales que le impone la prueba tasada. Esta flexibilidad necesita un límite, ya que el juez puede caer en arbitrariedades al no tener un freno para con sus decisiones. Es por ello que nace la libre convicción o sana crítica racional, como un sistema que, si bien es cierto, admite la máxima libertad probatoria y libertad para valorar la prueba por parte del juez, los mismos, en contrapartida, están obligados a fundamentar sus resoluciones, según las reglas de la experiencia, la lógica y la razón.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, En ellas, interfieren las reglas de la lógica con las de la experiencia del juez. Una y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana crítica y a un conocimiento experimental de las cosas... La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también, sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".⁹⁹

En este sistema, sana crítica, la ley no impone normas generales para acreditar determinados hechos delictuosos, ni determina abstractamente

⁹⁹ HOUED, SÁNCHEZ, FALLAS, *op.cit.*, p 270-271.

el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla, conforme con las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.¹⁰⁰

La libre convicción o sana crítica, encuentra su base natural y sus límites en las leyes de la dialéctica, de la experiencia común y del criterio moral de los jueces. No se trata de convencimiento íntimo o inmotivado, sino de convencimiento lógico, motivado, racional y controlable, basado en elementos probatorios objetivos que reflejan la conciencia del juzgador para dar origen al estado psíquico de la duda, probabilidad o certeza.

El CPP regula el tema de la sana crítica en los artículos 184, 142 y 369 incisos d CPP.

Artículo 184 CPP

"El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial".

Artículo 142 CPP.

"Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba.

¹⁰⁰ VELES, *op.cit.*, p 97.

La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.

No existe fundamentación cuando se haya inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces".

Artículo 369 inc. CPP.

"Los defectos de la sentencia que justifican la casación serán (...)

- e) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".*

CAPITULO SEGUNDO: Límites y garantías al principio de verdad material, en el proceso penal costarricense.

Sección I. Límites formales para la averiguación de la verdad.

1. Concepto de límite.

A pesar de la entrada en vigencia en 1998 del CPP, de corte acusatorio, el sistema penal costarricense aún conserva bases inquisitivas, tales como la persecución penal estatal y en los delitos de acción pública y la averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento. Han sido modificadas por una serie de límites que responden a la dignidad del ser humano e inspirados en diversos instrumentos de derecho internacional, que protegen derechos y garantías fundamentales.

La máxima procesal de "buscar la verdad real de los hechos" resulta relativizada; al principio de verdad real, no se le considera un fin absoluto ya que reconoce principios superiores, que en caso de conflicto llegarían a anularlo. Es precisamente de esos principios superiores que surgen los límites a la búsqueda de la verdad real.

2. El Derecho de Abstención.

Uno de los límites a la averiguación de la verdad real lo constituye el derecho de abstención.

Este derecho lo tiene tanto la persona acusada en una causa penal, como sus familiares cercanos.

Este derecho consiste en que una persona llamada en calidad de acusado, en una causa penal, no puede ser obligada a declarar contra sí mismo; esto es, a dar información que pueda posteriormente ser utilizada en su contra. Si bien el acusado puede declarar en cualquier etapa del proceso, las veces que desee y no está obligado a decir verdad sobre los hechos (incluso no se juramenta su declaración), lo cierto es que esa declaración debe ser totalmente espontánea, sin que medie coacción alguna.

El derecho de abstención no solo le asiste al acusado, sino además a su familia cercana, cónyuge, ascendiente, descendiente y parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. El fin de esta extensión a parientes cercanos al acusado, es la protección del núcleo familiar.

Julio Maier¹⁰¹ considera que la declaración de los imputados debe estar regida por la voluntariedad y la libertad de decisión durante la declaración.

"En el procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente, él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla.

Y, sin embargo, no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce: dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin

¹⁰¹ MAIER, op.cit., p 660 y ss.

coacciones. Ello es lo que expresa muy claramente, la garantía que reza: "nadie puede ser obligado a declarar contra sí".¹⁰²

El derecho de abstención es una derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en el proceso penal, el cual constituye una de las garantías derivadas del debido proceso.

Según Luis Paulino Mora ¹⁰³el principio de inviolabilidad de la defensa se puede descomponer en:

- ✓ El derecho a ser considerado inocente, hasta que una sentencia firme indique lo contrario.
- ✓ El derecho de audiencia que tiene el imputado y su defensor que les otorga la potestad de intervenir en el proceso y particularmente de hacerse oír por el juez, de traer al proceso prueba que considere oportuna para respaldar su defensa.
- ✓ El derecho a ser intimado, esto es a conocer de qué se le acusa y cuáles son las pruebas que existen en su contra. El principio de imputación, es el derecho a una acusación formal.
- ✓ El derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la excepción de la incomunicación legalmente decretada.
- ✓ El derecho a un proceso público.

¹⁰² SALAZAR, op.cit., p 69.

¹⁰³ MORA, op.cit., p 47-49.

✓ El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes inmediatos ni a confesarse culpable.

En materia de Derechos Humanos la legislación internacional trata el tema del derecho de abstención en los siguientes artículos:

Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Artículo 8.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo, por el juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene el derecho a que se presuma su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgador o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada.

c) Concesión al imputado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

e) El derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación

interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley.

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

g) Derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Asimismo el artículo 14 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere al tema de la siguiente manera:

(...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Este derecho de abstención encuentra su base constitucional en el artículo 36 de la CPR el cual indica:

"En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".

El CPP regula el tema del derecho de abstención de la siguiente manera.

Artículo 82 CPP.

"La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos:

a) *Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordené, exhibiéndole, según corresponda, la orden emitida en su contra.*

b) *Tener una comunicación inmediata y efectiva con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que desee comunicar su captura.*

c) *Ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público.*

d) Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan.

e) Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, de que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia.

f) No ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad.

g) No se utilicen, en su contra, medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el tribunal o el Ministerio Público”.

Artículo 92 CPP.

“Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente. También, se pondrán a su disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento.

Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte y que, si declara, su dicho podrá ser tomado en consideración aun en su contra. Se le prevendrá que señale el lugar o la forma para recibir notificaciones.

Además, será instruido acerca de que puede solicitar la práctica de medios de prueba, dictar su declaración y, en general, se le informará de sus derechos procesales.”

Estas normas, tanto de derecho internacional como de derecho interno, contienen la garantía judicial que tiene toda persona llamada a un determinado proceso penal en calidad de acusado de abstenerse a declarar sin que su silencio sea presunción de culpabilidad. Este derecho se hace extensivo a los familiares de las personas que detentan la calidad de acusados, con la finalidad de proteger con ello los lazos familiares.

El derecho de abstención es, además, una derivación del derecho de defensa material propio de un Estado Social y de Derecho, regido por los principios de un sistema acusatorio.

Recuérdese que en el sistema inquisitivo, la confesión era la prueba por excelencia, incluso si para llegar a ella era necesario torturar al imputado.

El derecho de abstención, funciona como un límite a la búsqueda de la verdad real dentro del proceso penal, ya que constituye una verdadera barrera a la acción punitiva del Estado. Si bien el proceso penal costarricense tiene dentro de sus fines la búsqueda de la verdad real, lo cierto es que esta búsqueda no puede ser irrestricta y la primera limitante que se encuentra es el derecho que tiene toda persona llamada a un determinado proceso penal a callar sobre lo que conoce del suceso, sin que dicho silencio pueda, de alguna forma, tomarse como presunción de culpabilidad.

Desde el año 1994 la Sala Tercera de la Corte se ha pronunciado sobre el derecho que tienen los acusados de abstenerse a declarar sin que su silencio se use como indicio de culpabilidad. En la siguiente referencia se expone la sentencia de la Sala Tercera de La Corte, N° 416-F de las 9:45 hrs del 14 de octubre de 1994. En esta sentencia, la Sala Tercera anula una resolución de un Tribunal de Juicio ya que éste se fundamenta en la sentencia que no le cree al acusado, porque es hasta la etapa de debate que decide declarar; argumenta, además, el Tribunal, que la declaración en fase de debate es sólo una cuartada de la defensa y que si los

acontecimientos fueron de la forma que relata el acusado, su deber era declarar desde la etapa de investigación y no esperar hasta el debate.

La sentencia condenatoria que resulta de ese contradictorio, es casada y la Sala Tercera, anula la resolución del inferior. Esto, por cuanto considera que, si bien el Tribunal de Juicio, mediante la concentración, inmediación y sana crítica puede creerle o no creer al acusado, no resulta atendible no creerle por el simple hecho de guardar silencio hasta la etapa de debate; esto, ya que a nivel constitucional y legal se autoriza el derecho que tienen los acusados de no declarar o de hacerlo en el momento que estimen pertinente.

"[...] De lo anterior se concluye con claridad que el tribunal hizo más de lo que la ley le permite, al intentar establecer por qué el imputado se abstuvo de declarar en determinado momento del proceso, aún invadiendo la esfera de trabajo del abogado defensor.

Con ello violentó groseramente el artículo 36 de la Constitución Política, y permitirlo sería establecer una presunción de culpabilidad ante el silencio del acusado, con lo que se estaría conculcando el derecho irrenunciable de cualquier ciudadano a no declarar. La abstención no debe ser utilizada nunca en forma alguna, porque de lo contrario se pone al ciudadano ante la disyuntiva de declarar lo que -tal vez- no desea, o de guardar silencio haciendo presumir su culpabilidad. Esta irregularidad del tribunal, no puede superarse con la explicación posterior referida a que no se vulnera el derecho al silencio, porque solo se analiza el comportamiento del acusado en las distintas etapas del proceso, pues a ese momento ya la irregularidad ha sido cometida. Además, conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, nuestro ordenamiento no autoriza incorporar al debate (sic). El acta donde el imputado manifestó en la instrucción que se abstenía de declarar, y menos valorar esa abstención como una presunción de culpabilidad. Debe anularse la sentencia referida, por haber violentado el debido proceso y el principio lógico de derivación".¹⁰⁴

¹⁰⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 416-F de las 9: 45 hrs del 14 de octubre 1994.

3. El imputado como objeto de prueba.

El imputado es la fuente más rica de información para llegar a conocer la verdad sobre un determinado acontecimiento, pero no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente, sin coacción.¹⁰⁵

Un imputado, dentro de un determinado proceso penal, se le puede considerar de dos maneras, como sujeto del proceso, o como objeto de prueba.

Cuando se le considera sujeto del proceso el imputado tiene ciertos derechos en virtud de su participación activa dentro de la investigación, estos derechos son: la presunción de inocencia¹⁰⁶ y el derecho de abstención.¹⁰⁷

A la luz del principio de libertad probatoria, el imputado puede ser fuente de prueba en algunos casos, ejemplo:

1. Someterse a grafoscopia mediante la elaboración de un cuerpo de escritura.¹⁰⁸
2. Un reconocimiento ya sea fotográfico o en rueda de personas.

¹⁰⁵ MAIER, *op.cit.*, p 664 -665.

¹⁰⁶ Ver Constitución Política de Costa Rica, artículo 39.

¹⁰⁷ *Ibid.* artículo 36.

¹⁰⁸ Nótese que aquí el imputado no se encuentra obligado a rendir el cuerpo de escritura ya que no funge como objeto sino como sujeto de prueba, al tener una participación activa en la diligencia.

3. Un cacheo para buscar objetos del delito en sus ropas o cuerpo.

4. Inspecciones corporales.

Cuando la realización de una prueba requiera la acción activa y material de la persona acusada, ya no se habla de objeto sino de sujeto de prueba y aquí toda participación del acusado tiene que deberse a su libre participación,¹⁰⁹ obligarlo a participar activamente quebranta su derecho de defensa material.

Al imputado se le considera objeto de prueba en las siguientes situaciones:

1. Extracción de sangre.
2. Extracción de cabello.
3. Extracción de uñas.
4. Fotografías.
5. Toma de huellas dactilares.
6. Grabación de voz
7. Constatación de heridas y tatuajes.
8. Tomas de video en los caso de psicotrópicos.

Estas situaciones se regulan en el artículo 88 de CPP.

"Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones

¹⁰⁹ SALAZAR, *op.cit.*, p 69-70.

corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias.

Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad”.

De esta norma es importante rescatar lo siguiente:

La enunciación que hace la norma no constituyen para nada categorías taxativas, por el contrario refieren a números a pertus al señalar que son admisibles cualquier situación, mientras no provoque ningún perjuicio para la salud o integridad física ni se contrapongan seriamente a las creencias de la persona que va a ser sujeto a dichas actuaciones.

En cuanto a la anuencia del imputado en practicárselas, la norma es clara al enunciar que se realizan aún sin el consentimiento del imputado. Respecto de este tema, la Sala Tercera se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Esta Sala ha reiterado que por la naturaleza misma de dicha diligencia en la que no se requiere participación activa o cooperación del

acusado, él se convierte en objeto de prueba, estando obligado a soportar la extracción de sangre".¹¹⁰

Además de esto, por vía jurisprudencial se considera que cuando un imputado es objeto de prueba, no lo cobija el derecho de abstención, ya que su participación es pasiva.

"La norma constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, se refiere al imputado como sujeto de prueba, en donde no se le puede exigir un hacer que pueda comprometerlo, tal como la confesión de un cuerpo de escritura que debe ser analizada por un técnico. Diferente es la situación, en el caso de que se le considere objeto de prueba".¹¹¹

Al respecto, señala la Sala Constitucional:

"Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses; la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto de los derechos fundamentales del imputado por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que debe utilizarse su propio cuerpo (...) el imputado puede ser fuente de prueba, en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran de una colaboración pasiva del imputado, v.gr., extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabello, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento"¹¹²

Aquí las Salas de la Corte dejan en claro que en los casos en que el imputado tenga una actuación pasiva no se requiere su consentimiento para extraer de su cuerpo elementos que puedan servir como prueba para el debate.

¹¹⁰ SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1158 de las 8:30 hrs del 22 de noviembre 2005.

¹¹¹ SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1301 de las 10:30 hrs del 12 de noviembre 2004.

¹¹² SALA CONSTITUCIONAL, N° 556 de las 14:10 hrs del 20 de marzo 1991.

En cuanto a la procedencia, las intervenciones corporales propias del imputado, actuando como objeto de prueba, son posibles realizarlas cuando sean absolutamente necesarias para encontrar la verdad real de los hechos sometidos al proceso.

El someter al imputado a ser objeto de prueba, no es una potestad del todo irrestricta, tiene ciertos límites que responden precisamente a los derechos fundamentales que tienen las personas acusadas en un proceso judicial, tales límites son:

✓ Relativos a la procedencia.

Para restringir derechos fundamentales no es suficiente el presupuesto de una investigación judicial, sino que debe realizarse en los casos permitidos por la ley, siempre que se respete las formas establecidas en el CPP. Además, se debe respetar la salud, la integridad física, el pudor de las personas así como sus creencias religiosas.

A ningún imputado con la excusa de obtener prueba de sí, se le debe someter a tratos crueles y degradantes.

Las intervenciones corporales en que puede ser partícipe el imputado cuando funge como objeto de prueba, encuentran importantes regulaciones en las normas procesales, constitucionales y en los convenios de derechos humanos suscritos por Costa Rica.

Así lo señala en artículo 40 CPR.

"Nadie será sometido a tratos crueles o degradantes....."

Asimismo el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

✓ Relativos a la autoridad competente.

Si se trata de constatación de tatuajes, heridas, fotografías, cacheos y reconocimiento en rueda de personas, es suficiente con que las ordene el Ministerio Público.

Cuando se trate de intervenciones corporales, ya sea extracción de sangre, palpaciones vaginales y anales, estas deben ser ordenadas por autoridad jurisdiccional y deben ser realizadas por un profesional en la materia; esto con la finalidad de resguardar la salud y la integridad física de los acusados.

Respecto del órgano competente para dictar la intervención en el cuerpo del imputado, la Sala Tercera de la Corte señala.

"Está absolutamente claro que la extracción de un envoltorio de la vagina de una mujer es una intervención corporal que afecta su pudor e intimidad e implica una intromisión en su integridad física, derechos fundamentales que no pueden ser afectados simplemente por la intervención de la policía e incluso, con la sola orden del Ministerio Público, sino que deben ser primero, valorada su procedencia y ordenada por un juez para luego ser practicada por un perito-medico".¹¹³

¹¹³ SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 88 de las 9:30 hrs del 8 de febrero 2002.

4. Supresión de la tortura.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes define el término tortura de la siguiente manera:

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".¹¹⁴

En la antigüedad la tortura fue permitida en todo el sentido de la palabra, se utilizó como pena y como método de obtención de la verdad.

En el sistema Inquisitivo, el imputado se consideró un objeto dentro del proceso, se le negaron derechos fundamentales al no considerarlo sujeto activo dentro de la causa; fue por eso que la tortura se utilizó con mucha frecuencia.

Este sistema no conoció límite para obtener la confesión de los acusados, (con esto la verdad histórica): se utilizaron los ayunos, los interrogatorios capciosos, la vigilancia del acusado en las prisiones, así como todo tipo de tormentos y torturas. Esta fue una etapa oscura para el

¹¹⁴ Ver Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. artículo 1.

derecho penal y se violentó todo tipo de derechos fundamentales de los acusados. Lo único importante fue imponer castigos y penas; fueron comunes las historias de mutilaciones y flagelaciones contra el pueblo romano, por ejemplo. En el derecho germano antiguo también se practicó este tipo de vejámenes, lo mismo que el derecho musulmán y el derecho medieval.¹¹⁵

En la Edad Media la tortura fue el método de obtención de la verdad por excelencia instituido como medio probatorio. Las ordalías y los juicios de Dios tuvieron gran influencia en este periodo de la historia.¹¹⁶

" Las leyes inquisitivas reglamentaban la tortura minuciosamente, desde el nivel de conocimiento que debía alcanzarse sobre el hecho (sempierna prueba) para autorizarla, pasando por las diversas formas y grados del tormento, hasta concluir con la ratificación voluntaria de la confesión bajo tormento, ahora, sin coacción, casi siempre 24 horas después de sometido a tortura. Regularmente, el primer grado consistía solo en la amenaza de sufrir tormentos y se lo llevaba a cabo mediante la exhibición de los instrumentos (aparatos de tortura) que se emplearían".¹¹⁷

La eliminación de la tortura como institución probatoria o como pena concretamente, necesitó de una larga evolución, gracias a la influencia de humanistas que hicieron esfuerzos para lograr erradicar el Sistema Inquisitivo y poner en funcionamiento un debido proceso.¹¹⁸

Las formas para torturar a una persona fueron muy variadas, dependió del sadismo y la deshumanización de quien ejerció la tortura.

¹¹⁵ HERRERTE, citado por FAETH MENA, Ana María (1985). Análisis de la tortura. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica p 20.

¹¹⁶ Ibid. p 20.

¹¹⁷ MAIER op.cit., p 673.

¹¹⁸ LEVENE, citado por FAETH MENA, Ana María (1985). Análisis de la tortura. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica p 20.

Según criterios médico-legales la tortura es desarrollada de dos maneras:

A. *Forma activa.* Consiste en la agresión física propiamente. Se pueden infringir lesiones utilizando la energía mecánica como en el caso de las contusiones; además, las lesiones producidas por la corriente eléctrica, las causadas por la energía térmica ya sea la exposición al calor extremo o al frío excesivo¹¹⁹. Esto, además de cualquier otra forma que pueda ser utilizada con el fin de menoscabar la integridad física de la víctima, con la finalidad de ablandar al sujeto torturado, fatigarlo y doblegarlo.¹²⁰

B. *Forma pasiva.* Comprende la omisión de cuidados, como son: el suministro de alimentos, abrigo y medicamentos indispensables para la salud; incluye además la tortura psicológica, que encierra las amenazas a la integridad corporal de seres queridos, simulacros de ejecución, confinamiento solitario prolongado y la obligación de presenciar las torturas de otras personas.¹²¹

Existen, además las torturas mixtas, las cuales son: la privación del sueño, exposición a la luz enceguedora, permanencia prolongada en pie y los vejámenes sexuales; en ellas se mezclan lo físico y lo psicológico.¹²²

¹¹⁹ FAETH MENA, Ana María (1985). Análisis de la tortura. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica p 75.

¹²⁰ ARMIJO SANCHO, op.cit., p 296.

¹²¹ FAETH, op.cit., p 75.

¹²² Ibid. p 75.

Existen diferentes normas que regulan el tema de la tortura, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno.

La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984.

Este instrumento de derecho internacional establece las pautas para tratar el tema de la tortura.

El artículo 1º de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes da una definición del término tortura, con la finalidad de unificar criterios en cuanto a lo que debe entender por el vocablo *tortura*.

Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala lo siguiente:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Además del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) señala:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Y el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Finalmente el derecho interno costarricense también regula el tema de la tortura en el artículo 40 de la CPR:

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencias será nula".

Todas estas normativas propias de derechos humanos buscan proteger a las personas acusadas de las arbitrariedades que puedan cometer los funcionarios judiciales en aras de buscar la verdad real.

La tortura, como una forma para obtener la declaración del acusado, contraria a las normas que rigen el debido proceso, además, el derecho de defensa y los valores fundamentales de la dignidad humana.¹²³

La prueba que sea obtenida por medio de la tortura del acusado, resulta espuria, ilegal ya que contraría los derechos fundamentales de las personas sujetas a un proceso penal.

Para Gilbert Armijo, existen ciertos métodos de investigación que no son admisibles para la práctica de la prueba. Se consideran ilícitas todas aquellas formas de coacción directa, sea física o psíquica sobre las

¹²³ MORA, op.cit P.

personas que puedan ser utilizadas para forzarlos a proporcionar elementos probatorios.¹²⁴

El vicio que surja de la utilización de la prueba resultante de la tortura, es de carácter absoluto; esto quiere decir que no es posible su convalidación. Si estas pruebas se llevan eventualmente a debate y son utilizadas por un tribunal, para fundamentar una sentencia condenatoria, esto consistiría en un motivo para casar la sentencia; ¹²⁵ pero, si por el contrario es utilizada para fundamentar una sentencia absolutoria entonces sí pueden utilizarse. Se establece a nivel legal, que puede ser utilizada toda aquella prueba obtenida de manera ilegal, siempre que sea para el beneficio del acusado.¹²⁶

El CPP, regula el tema de los vicios procesales mediante la figura de la actividad procesal defectuosa. Esta parte del supuesto de que no se puede tomar, como presupuesto para fundamentar, una decisión judicial, los actos que se realicen sin cumplir con las formas y condiciones previstas en la CPR y en las normas de derecho internacional.¹²⁷

Artículo 175 CPP.

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

¹²⁴ ARMIJO, *op.cit.*, p 133.

¹²⁵ Ver Código Procesal Penal artículo 443 ,369 inciso c.

¹²⁶ *Ibid.* artículo 181 p 2°.

¹²⁷ *Ibid.* artículo 178 inciso a.

En Costa Rica, no sólo es inconstitucional e ilegal la utilización de la tortura como método de obtención de la confesión de los acusados, sino que la misma ley prevé en el artículo 123 bis del CP, la tortura como un delito.

“Será sancionado con pena de prisión de tres de diez años quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto consentido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión, por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil.

Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años para el ejercicio de sus funciones”.

El delito de tortura se agrava si quien lo comete es un funcionario público; esto se pensó así con la finalidad de proteger a los detenidos de las arbitrariedades que puedan cometer los funcionarios encargados de la administración de justicia, asimismo la policía administrativa, a la hora de hacer la detención.

Toda esta normativa pretende proteger al ser humano de los maltratos o sufrimientos graves, físicos o mentales, que le infrinjan las autoridades públicas a los acusados.¹²⁸

El Tribunal de Casación Penal en sentencia 808 de las 14:50 del 26/07/2007, consideró que se configuró el delito de tortura de la siguiente manera:

“Se demostró en este caso que el imputado aparte de detener los ofendidos sin indicio alguno, en compañía de otros oficiales actuantes los llevó en vehículo a la delegación y en ese lugar, en un pasillo sin luz,

¹²⁸ SALA CONSTITUCIONAL, N°5600 de las 14:55 hrs del 3 de Julio 2002.

siendo de noche los obligó a pasar uno a uno y a desnudarse totalmente y les alumbró con un foco en sus genitales, piernas y ano, haciendo mofa o burla de la condición de los ofendidos, para luego dejarlos en libertad sin cargo alguno”.

En este caso el Tribunal de Casación consideró que se configuró el delito de tortura por parte de la policía administrativa, ya que estos desnudaron a unos detenidos y les iluminaron con un foco sus genitales; esto constituye un acto cruel, degradante y por ello violatorio de los derechos propios de la personalidad humana.

5. La protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.

Este límite a la verdad real, se sustenta en el derecho fundamental a la intimidad.¹²⁹

El derecho a la intimidad resulta muy amplio, ya que el legislador no establece parámetros suficientes para su delimitación. Es posible hablar de intimidad como privacidad en relación con aspectos que giran alrededor de la persona o familia, como es el domicilio, las comunicaciones, el recinto familiar, sexualidad, creencias y otros.

El derecho a la intimidad comprende un derecho subjetivo de la persona a no ser observado o molestado en su recinto privado, tanto en su domicilio como en lo referente a su propio cuerpo.¹³⁰

Respecto de esto, La Sala Constitucional indica:

¹²⁹ Ver Constitución Política, artículo 23, 24.

¹³⁰ SALAZAR, *op. cit.*, p 72 y ss.

"El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de casa uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona; esta limitación puede manifestarse tanto en la observación y captación de la imagen y documentos en general, como en las escuchas o grabaciones de las conversaciones privadas y en la difusión o divulgación posterior de lo captado u obtenido sin el consentimiento de la persona afectada".¹³¹

Si bien uno de los fines del proceso penal es la reconstrucción de la verdad real de los hechos, lo cierto es que, en aras de buscar esa verdad, no es posible vulnerar derechos fundamentales como lo es el derecho a la intimidad.

En un Estado Social y de Derecho no se puede admitir que los(as) administradores(as) de justicia vulneren derechos a las personas con el pretexto de hacer una reconstrucción, lo más apegada a la realidad. Una sentencia condenatoria que contenga vulneración de derechos fundamentales resulta ilegal e ilegítima y debe inclinarse en pro de los derechos y no de la verdad.

A. Protección del domicilio.

El derecho a la intimidad y con él el derecho a la protección del domicilio, se regula en normativa tanto internacional como interna, es posible citar:

¹³¹ SALA CONSTITUCIONAL, Nº 6776 de las 14:57 hrs del 22 de Noviembre 1994.

Artículo 11 de la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

1. *"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".*

Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

1. *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".*

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

El artículo 23 de la CPR de Costa Rica regula la protección del domicilio de la siguiente manera:

"El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos o

evitar daños graves a las personas o las propiedades con sujeción a lo que prescribe la ley".

En la actualidad en gran parte de los ordenamientos modernos, se plantea, para sus Jueces, la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad y la necesaria protección de los derechos y garantías fundamentales. Esos derechos fundamentales, muchas veces se sacrifican erróneamente, en aras de la reconstrucción histórica de los hechos. Lo cierto es que esta normativa que tiene un nivel supra legal, da los parámetros necesarios para que los(as) administradores(as) de justicia interpreten las normas de jerarquía inferior (leyes, reglamentos decretos), en armonía con el derecho constitucional e internacional, sin quebrantar ningún derecho fundamental.

Luis Paulino Mora señala que las personas tienen derecho de que se les respete su intimidad, tanto a nivel personal como de su domicilio, documentos privados, otras comunicaciones escritas. Esto no impide que se pueda dar la inspección corporal, requisa, registro de vehículos, allanamiento de otros locales, secuestro de objetos, secuestro de comunicaciones y correspondencia, la clausura de locales; estos constituyen medidas excepcionales, acordadas y realizadas por la autoridad correspondiente con las formalidades legales.¹³²

La figura del allanamiento conlleva a que se perturben y transgredan directamente los derechos fundamentales de aquellos individuos que se ven inmersos en la realización del mismo.

¹³² MORA, *op.cit.*, p .

El artículo 23 de la CPR, permite que existan excepciones al libre ejercicio de algunos derechos fundamentales, lo importante es determinar que cuándo se hace excepción de uno de esos derechos, se está actuando dentro de los límites razonables de ese derecho o si por el contrario se está ante una actuación ilegítima que quebranta ese derecho.

Por regla general, el domicilio de una persona es inviolable; esto quiere decir que nadie puede ingresar o perturbar, de cualquier manera, el domicilio de otra persona sin la previa autorización de quien esté legitimado para darla.

La Constitución, en el artículo 23 prevé una excepción a esta regla, la cual es el allanamiento.

El allanamiento se define como:

*“Un acto de coerción real, limitativo de una garantía constitucional, consiste en el ingreso a un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegido por esa garantía”.*¹³³

El CPP, establece supuestos claros, en los que procede ordenar el allanamiento.

El allanamiento únicamente procede en los siguientes supuestos:

- ✓ *Para impedir la comisión o impunidad de delitos.*¹³⁴

¹³³ DUARTES, DELGADO, Carlos (1996). El allanamiento de domicilio y otros recintos. San José, Costa Rica: Editorial Editec Editores, p 13-14.

¹³⁴ Ver Constitución Política de Costa Rica artículo 23.

✓ *Para evitar daños graves a las personas o las propiedades con sujeción a lo que prescribe la ley.*¹³⁵

Estos son los únicos dos supuestos que la CPR admite para excepcionar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; cualquier otro motivo que sustente una orden de allanamiento diferente a estos dos, resulta contrario a la Constitución.

Los requisitos de procedencia para el allanamiento, se encuentran en el artículo 193 CPP.

"Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas.

Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consientan o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento".

El primer requisito indispensable para que proceda un allanamiento es que exista una orden fundada por parte de un juez; esto,¹³⁶ salvo los casos en que son admitidos los allanamientos sin orden, como cuando existen circunstancias especiales que imposibiliten obtener la orden judicial correspondiente.

Las causales para allanar sin orden son taxativas y se encuentran enumeradas en el artículo 197 CPP, las cuales son:

"a) Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.

¹³⁵ Ver Constitución Política artículo 23.

¹³⁶ Ibid. artículo 23.

b) Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.

c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

d) Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro".¹³⁷

El allanamiento es una diligencia que cuando se realice en un lugar habitado, en sus dependencias, en casa de negocios u oficina lo debe llevar a cabo personalmente un Juez de la República, pero cuando se realiza en otros locales fuera del domicilio tales como locales público, establecimientos de reunión o recreo el acto puede ser delegado a un funcionarios del Ministerio Público o a la Policía Judicial.¹³⁸

El allanamiento se debe realizar entre las seis y las dieciocho horas, cuando se trate de lugares habitados, sus dependencias, en casa de negocios u oficina. Cuando se trate de otros locales que no tengan esta característica, no se aplican las restricciones de horario y, por ende, se puede proceder a allanar a cualquier hora del día o la noche.

En cuando a esto, el Tribunal de Casación Penal, Santa Cruz señala:

"(...) No basta con que se trate de sucesos graves, como lo son la mayoría de los casos sometidos a conocimiento de esta Sala, sino que debe tratarse de casos extremadamente graves, o de una urgencia tal que su no realización inmediata y en el horario indicado, generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las

¹³⁷ Ver Código Procesal Penal, artículo 197.

¹³⁸ Ibid. artículo 193.

víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento".¹³⁹

En concreto, este caso que llega al Tribunal de Casación de Santa Cruz, se trata de un allanamiento que se realiza en la comunidad de Jícaro en Liberia, en una casa de habitación, donde se presume se vende droga. Se realizan dos vigilancias por parte de la policía, en la cual logran constatar que efectivamente en dicho lugar se vende droga; en una de las vigilancias se determina que la droga se vende al ser aproximadamente las cinco de la tarde y en la otra vigilancia la compra se efectúa a las seis de la tarde. No obstante esta situación, la Jueza permite que el allanamiento antecedido por una compra controlada se efectúe a las siete de la noche, argumentando que esa actividad delictiva (venta de droga) es casi nula, durante el día. Situación que queda desacreditada ya que en la primera vigilancia se constata una compra a las cinco de la tarde. Es por ello que el Tribunal de Casación decide anular la sentencia condenatoria que se fundamenta en este allanamiento, al considerar que éste es ilegal al exceder el horario permitido y, además, no era un asunto donde mediara la urgencia o gravedad que se necesitan para exceder del plazo de las dieciocho horas para iniciar el allanamiento.

En cuanto a las notificaciones, el allanamiento debe notificarse debidamente a las personas o persona afectada. Si esta no se encuentra en el lugar, se le notifica a quien se encuentre en el recinto; si no hay nadie, entonces se procede a allanar siempre dejando una constancia de esta circunstancia.

¹³⁹ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ, N° 75 de las 8:30 hrs del 23 de abril 2008, citando resoluciones de la Sala Tercera de la Corte, N° 699 de las 9:40 del 23 junio 2000, 917 de las 10:00 del 21 de septiembre de 2001, 408 de las 10:20 del 3 mayo del 2002, 481 de las 16:06 del 9 junio de 2003.

Se debe levantar un acta donde consten todas las actuaciones pertinentes para la investigación. Esta acta deben firmarla todas las personas involucradas; en caso que alguien no desee firmar se deja constando en el acta.¹⁴⁰

Ante un allanamiento que irrespete esta norma, queda sin efecto la diligencia y con él carecerán de valor probatorio los resultados obtenidos.

La figura del allanamiento debe ser la excepción y nunca la regla. En las investigaciones siempre deben agotarse todas las demás vías para llevar a la verdad y de último recurrir a esta, ya que vulnera el derecho a la intimidad de las personas y éste solo puede ser quebrantado en casos de extrema necesidad, no simplemente por razones de mera utilidad.

B. Protección de comunicaciones y papeles privados:

El artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de 1973, autorizó las intervenciones telefónicas. La Sala Constitucional en sentencia número N° 1261-90, de las quince horas treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa, declaró dicha norma inconstitucional, porque el artículo 24 de la CPRP protegía el secreto de las comunicaciones; esto causó revuelo ya que en los casos de narcotráfico dichas diligencias eran claves. A consecuencia de las polémicas que desató el fallo de la Sala, se

¹⁴⁰ Ver Código Procesal Penal artículo 196.

reformó el artículo 24 de la CPR, ¹⁴¹ hoy el artículo en cuestión da parámetros más flexibles para la aplicación de esta norma.¹⁴²

Luego, el texto constitucional delegó en una ley los casos en que fue posible secuestrar los documentos privados e intervenir las comunicaciones, por lo que se creó una nueva ley de intervención de las comunicaciones, que sólo autorizó las intervenciones telefónicas en el proceso penal, para casos de narcotráfico, secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas, tráfico de personas para comercializar órganos, homicidio calificado, genocidio y terrorismo. Esto, resultó un importante limitante, en tanto no era posible utilizar tan valioso instrumento para perseguir otro tipo de delitos en el país, pero que a su vez reflejó la gran importancia de la tutela al ámbito de la intimidad.¹⁴³

Los mismos principios expresados para la garantía del domicilio (allanamiento), rigen para el secuestro y registro de las comunicaciones y los papeles privados.

Diferentes instrumentos internacionales se refieren a la protección de las comunicaciones, por ejemplo el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 11 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴¹ Ver Ley N° 7607 del 18 junio de 1996.

¹⁴² SALAZAR, *op.cit.*, p 72 y ss.

¹⁴³ *Ibid.* p 75.

La CPR de Costa Rica protege celosamente el derecho a la intimidad y a la libertad de las personas, al garantizar el secreto de las comunicaciones; este derecho se encuentra regulado en el artículo 24 CPR. Existe una excepción a este derecho, son los casos que regala la ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, ley N° 7425 los cuales con: que sólo autorizó las intervenciones telefónicas en el proceso penal, para casos de narcotráfico, secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas, tráfico de personas para comercializar órganos, homicidio calificado, genocidio y terrorismo y los previstos en la ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En estos casos se autoriza la intervención telefónica y el registro, secuestro de documentos, en cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

El artículo 24 de la CPR señala:

"Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensables para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las

responsabilidades y sanciones en que incurran los funcionarios que apliquen ilegítimamente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede la revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. (Así reformado por ley N° 7607 del 29 de mayo de 1996)".

La Sala Constitucional de Costa Rica en reiteradas ocasiones señaló al respecto:

"(...) El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia esta Sala. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídas al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que sucede dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los

documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad en general".¹⁴⁴

Continúa indicando la Sala:

"El artículo 24 de nuestra Constitución Política garantiza el secreto de las comunicaciones. Dentro de éstas se ha de comprender las orales, escritas y obviamente las telefónicas. En el campo de las intervenciones telefónica, es necesario precisar que comprende el secreto consagrado constitucionalmente, en este sentido, las formas de intervención de las comunicaciones telefónicas que implican o comprometen el secreto constitucional protegido, comprenden tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar el contenido mismo de las comunicaciones, mediante grabaciones de los mismos y su escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo el destino de las llamadas que salen o el inicio de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenidos de la llamada mediante la grabación de las conversaciones, y aunque implica un grado menor de incidencia, y en consecuencia un régimen distinto, tienen relación directa con el secreto de las comunicaciones.

El objeto pues del secreto de las comunicaciones refiriéndose específicamente al caso de la comunicación telefónica, se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no adquieran ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas, sean estas íntimas o no, o de otros aspectos del propio proceso de comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores..."¹⁴⁵

El artículo 24 de la CPR de Costa Rica, hace mención a una ley que viene a regular el tema de la intervención de las comunicaciones; tal norma es la ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, ley N° 7425.

El artículo 2 de la ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, ley N° 7425,

¹⁴⁴ SALA CONSTITUCIONAL, N° 17935 de las 17:35 hrs del 11 de Diciembre 2007.

¹⁴⁵ SALA CONSTITUCIONAL, N° 4454 de las 11:12 hrs del 11 de Agosto 1995.

señala las atribuciones del juez a la hora de secuestrar documentos privados.

"Cuando resulte indispensable para averiguar la verdad, el juez podrá ordenar, de oficio, a petición de la autoridad policial a cargo de la investigación, del Ministerio Público o de alguna de las partes del proceso, el registro, el secuestro y el examen de cualquier documento privado siempre que pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna conducta delictiva. El juez realizará personalmente la diligencia, salvo en caso de excepción, en los que, según su criterio, pueda ser delegada en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarse sobre el resultado de la diligencia". ¹⁴⁶

Es requisito para la validez de la intervención de la comunicación privada que se cuente con la orden respectiva de la autoridad competente para darla, dicha orden debe ser debidamente fundamentada.¹⁴⁷

Si en la diligencia de secuestro se llegaran a decomisar documentos, estos se mantienen a la orden de la autoridad correspondiente hasta que el Juez dicte sentencia condenatoria y, una vez firme, se proceda al decomiso de los mismos. En caso que lo decomisado sean captaciones telefónicas, dichas grabaciones quedarán a la orden del juez y se ponen en conocimiento de las partes hasta que la intervención haya finalizado.¹⁴⁸

En cuanto a la intervención de las comunicaciones orales, señala el artículo 9 de la ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

¹⁴⁶ Ver Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, artículo 2.

¹⁴⁷ Ibid. artículo 3

¹⁴⁸ Ibid. artículo 5.

“Los Tribunales de Justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de cualquier otro tipo, dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: el secuestro extorsivo y los previstos en la ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas.

En los mismos casos, podrá autorizar la intervención de las comunicaciones entre presentes, excepto lo estipulado en el párrafo segundo del artículo 26 de esta ley.¹⁴⁹

Cuando se produzcan dentro de los domicilios y recintos privados, su intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que está llevando a cabo una actividad delictiva”.

La intervención de la comunicación se tramita de manera secreta y no se agrega al expediente hasta que haya finalizado¹⁵⁰. La intervención se puede ordenar por un plazo de tres meses prorrogables, hasta nueve meses en total, en casos absolutamente indispensables.¹⁵¹

La CPR de Costa Rica al igual que diversos instrumentos de derecho internacional protege el derecho a la intimidad con que cuentan todas las personas incluidas, aquellas a quienes se les sigue una causa penal. Es por eso que la ley únicamente permite la intromisión de particulares en la vida privada de los acusados en causas muy excepcionales, como los mencionados en el artículo 24 de la CPR.

Incluso el legislador no se limita con la normativa expresada en el artículo 24 de la CPR. Al dictar el CPP, se incluyen una serie de delitos que protegen el derecho a la intimidad; estos se encuentran en los artículos

¹⁴⁹ Ver Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones artículo 26 p².

¹⁵⁰ ibid. artículo 11.

¹⁵¹ ibid. artículo 12.

196, 196 bis, 197 y 198, en protección de ese círculo de privacidad, se penaliza la violación de la correspondencia, además de la captación indebida de manifestaciones verbales y el uso indebido de correspondencia.

Artículo 196.

"Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien abra o se imponga del contenido de una comunicación destinada a otra persona, cualquiera que sea el medio utilizado. (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994)".

Artículo 196 bis.

"Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos". (Así adicionado por Ley N° 8148 de 24 de octubre del 2001) Sustracción, desvío o supresión de correspondencia.

Artículo 197.

"Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien se apodere de una carta o de otro documento privado, aunque no esté cerrado, o al que suprima o desvíe de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994)".

Artículo 198.

"Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien grabe sin su consentimiento, las palabras de otro u otros, no destinadas al público o

que, mediante procedimientos técnicos, escuche manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, excepto lo previsto en la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. La misma pena se impondrá a quien instale aparatos, instrumentos, o sus partes, con el fin de interceptar o impedir las comunicaciones orales o escritas, logren o no su propósito. (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994)''.

El derecho a la intimidad constituye un límite infranqueable a la histórica búsqueda de la verdad real de los hechos, ya que limita la acción investigativa a los casos de secuestro extorsivo y los delitos previstos en la ley de psicotrópicos. No es posible vulnerar derechos fundamentales para buscar una supuesta verdad que a fin de cuentas no es más que meras apreciaciones subjetivas de las personas que intervienen en el proceso.

En el capítulo uno se desarrolla una serie de teorías sobre la verdad, entre ellas la teoría de la correspondencia que concibe la verdad como una relación de conocimiento. Esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer culmina con éxito, conforme a su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo. Se trata de una noción que no se agota en la definición objetiva de lo que significa cuando se emplea el concepto, sino de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente, por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme con su finalidad.¹⁵² Esto supone que la verdad no es más que relaciones puramente convencionales entre las palabras y el mundo; el lenguaje es una construcción semántica cultural y relativista, por lo que no

¹⁵² Aristóteles, op.cit., p 240.

es posible concebir la búsqueda de la verdad como un fin en sí mismo. Si bien es importante como herramienta en las investigaciones policiales y judiciales, lo cierto es que, partiendo de la noción de verdad como relaciones convencionales entre palabras y el mundo fáctico (correspondencia con la realidad) que se basa en relaciones del lenguaje que resultan meramente una construcción histórica, no es posible violentar derechos fundamentales para llegar a dicha noción; es por esto que en Costa Rica, existen límites para llegar a la verdad de los hechos.¹⁵³

Estos límites existen para darle un contrapeso a la balanza que oscila entre la verdad y la protección de los derechos fundamentales de los acusados. Esto, con el fin de evitar arbitrariedades que en nombre de la verdad puedan realizarse, como por ejemplo, la confesión mediante la tortura muy utilizada en el periodo de la Inquisición, cuando la verdad se consideraba un fin sí misma.

Los límites a la verdad funcionan como una garantía al derecho de defensa de los imputados. Cuando exista una resolución que perjudique a una persona acusada y esté fundamentada en prueba extraída violentando derechos fundamentales que estos límites protegen; dicha resolución resulta inválida e ilegal y carente de efectos jurídicos.

El límite fundamental a la búsqueda de la verdad real de los hechos, son los derechos que le asisten a las personas que figuran como acusadas en una determinada causa penal.

¹⁵³ Para los efectos los límites a la verdad son: la supresión de los tormentos, el imputado como objeto de prueba, el derecho de abstención y la protección del domicilio las comunicaciones y los papeles privados.

Sección II. Garantías que aseguran la averiguación de la verdad.

Las garantías de imparcialidad judicial y contradictorio, protegen la libertad del imputado y facilitan la tarea del conocimiento de los hechos.

Estas garantías, figuran como instrumentos de conocimiento necesarios para llegar a descubrir la verdad de los hechos, sin ellas no resulta posible dicho fin.

1. El contradictorio, como derecho y como método.

El contradictorio puede verse desde dos ópticas distintas: como un derecho del imputado y como un método para encontrar la verdad de los hechos discutibles en un litigio.

A. El contradictorio como derecho.

El contradictorio, como derecho, hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que puede llegar a influir en la sentencia. Este derecho presupone la paridad que deben tener las partes (el ente acusador y el imputado); esto resulta

posible solamente si los contendientes tienen las mismas fuerzas o los mismos poderes durante el debate.

Existen normas de derecho internacional que regulan el tema del contradictorio visto como un derecho entre ellas están:

Artículo 11 Declaración Universal de Derechos Humanos.

"1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

(...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una

pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

En el sistema penal costarricense la garantía del contradictorio vista como un derecho descansa en el artículo 1 del CPP.

"Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio".

Estas normas dejan claro que no es posible una sentencia sin juicio previo.

El contradictorio es un derecho del acusado, así lo establecen diferentes instrumentos de derecho internacional y derecho interno como los señalados anteriormente por ejemplo la CPCR, en el artículo 39, al señalar cuando indica que a nadie se le hará sufrir una pena, si no es por la comisión de un delito, cuasidelitos o falta que sea sancionado por una ley anterior, a la fecha de comisión del hecho(tipicidad) y en virtud de una sentencia firme dictada por una autoridad competente(principio de juez natural e in dubio pro reo) *previa demostración de los hechos en debate en el cual se debe probar su culpabilidad y darle la oportunidad al acusado de ejercer su derecho a una defensa, tanto técnica como material.*

Para que el contradictorio pueda ser realmente un derecho para el acusado, se requiere inviolabilidad de la defensa y respeto por el principio de igualdad.

a. Inviolabilidad de la defensa.

El contradictorio es un elemento del derecho de defensa y viceversa, ya que no es posible ejercer plenamente éste, sin que medie contradictorio y no resulta correcto un contradictorio, sin que se respete el derecho que tiene el acusado para defenderse.

"Si la esencia del contradictorio está en el derecho de las partes a interactuar, en condiciones de paridad, sobre los temas que luego serán objeto de la decisión judicial, correlativamente, en la existencia de que esta decisión sea dictada según perspectivas examinadas y discutidas por las partes, entonces es innegable que la defensa encuentra en el contradictorio su más alta afirmación. El contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la acusación, controlar las pruebas ya producidas y participar activamente en la formación de las nuevas".¹⁵⁴

El contradictorio permite la intervención del imputado en todo el iter probatorio, en el que se basa la decisión final, para evitar que la sentencia sea pronunciada sólo con base en pruebas producidas, en una única dirección, en secreto y sin la debida participación del imputado.

Según Nicolás Guzmán, para que el contradictorio pueda ser realizado satisfactoriamente y para que el derecho de defensa no sea violentado y se respeten todas las garantías de las partes dentro del proceso, específicamente del acusado, son necesarios los siguientes requisitos:

- ✓ Que el imputado conozca en qué consiste la acusación, además de las pruebas en su contra.
- ✓ Que se le reconozca al imputado su facultad para buscar fuentes de pruebas.
- ✓ Que pueda participar activamente en la formación del material probatorio.¹⁵⁵

¹⁵⁴ GUZMÁN, *op.cit.*, p 141.

¹⁵⁵ *ibid* p 1141-142.

El derecho de defensa del acusado, funciona en dos niveles: en la formación de la prueba (consiste en la posibilidad de las partes de participar directamente en la formación de esta) y en el control de la prueba producida (consiste en el análisis de la relevancia de las pruebas producidas sin la participación del imputado).

b. Principio de igualdad.

Usualmente se concibe el principio de igualdad como extensión al derecho de defensa.

El principio de igualdad consiste en el derecho que tiene el acusado a tener las mismas posibilidades que la contraparte, o sea el Ministerio Público, Actor Civil y Querellante; esto le permite en la práctica al acusado, traer prueba de descargo al debate, asimismo tener la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo. El principio de igualdad le asegura al imputado su participación paritaria y activa dentro del contradictorio.

B. El contradictorio como método.

Anteriormente se planteó que la única verdad a la que se puede aspirar es a una verdad aproximativa, nunca absoluta, ello no impide que el proceso penal pueda y deba aspirar a una verdad como correspondencia, respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y luego de la condena. Esta verdad, vista como correspondencia, es necesaria e ineludible en un Estado de Derecho.

Desde esta óptica el contradictorio resulta un método para descubrir la verdad.

"Un sistema cognitivista significa que el poder punitivo del Estado está regulado y delimitado no sólo por la taxatividad de las hipótesis de desviación punibles, sino también por la verificabilidad y reusabilidad de tales presupuestos en las formas expresadas por las garantías procesales. Es decir, está basado en la posibilidad que, a través de las garantías procesales, se da a las partes en el juicio para la verificación y refutación de las hipótesis. El método del contradictorio, pareciera ser el mejor método para la verificación y o refutación de una determinada hipótesis, principalmente por dos razones. En primer lugar, porque con él se impide que la decisión sea tomada en función de pruebas formadas en una única dirección (como ocurre cuando es el juez quien lleva a cabo la investigación). Difícilmente el encargado de una investigación judicial que ha tomado el camino errado volverá sobre sus pasos para corregirla o, lo que es más difícil todavía, iniciará la investigación de una hipótesis completamente nueva (...).

En segundo lugar, porque el acto de interrogar, de por sí, nunca es plenamente neutral y porque al contradictorio, para que sea realmente eficaz a veces llega incluso a requerir una relación de contraposición con el interrogado, por lo cual resulta conveniente a los fines cognoscitivos, que las preguntas sean formuladas por ambas partes (la acusación y la Defensa)".¹⁵⁶

El contradictorio permite un abandono de la lógica verificacioncita de inspiración inquisidora, donde la hipótesis es seleccionada en forma arbitraria, para luego buscar sólo los elementos que la corroboren.

Por otra parte, el contradictorio permite la recolección de elementos de prueba que confirmen la hipótesis de la acusación, pero además permite la crítica de dicha hipótesis; busca puntos débiles en ambas direcciones.

¹⁵⁶ GUZMÁN, *op.cit.*, p 151-153.

El contradictorio se convierte en un método adecuado para el conocimiento de los hechos. No es un mero principio procesal, sino un sistema lógico de conocimiento; se puede decir que es la estructura del proceso.

El contradictorio es el método probatorio encargado de procurar la mejor reconstrucción objetiva de los hechos. Es un valor del proceso y no responde al interés de una de las partes; éste ya no se piensa en función del imputado o del ente acusador, sino en función del proceso, como mejor método para el conocimiento de la verdad.¹⁵⁷

2. La imparcialidad del juez y sus poderes probatorios.

A. Imparcialidad del juez.

"La imparcialidad es definida generalmente como la situación de objetividad en que el juez debe encontrarse con relación al caso que le toca juzgar".¹⁵⁸

La imparcialidad del juez significa que este debe guardar total objetividad y paridad en los asuntos que sean de su conocimiento en virtud de su función jurisdiccional; este deber de objetividad encuentra su apoyo legal en el artículo 6 del CPP.

"Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento.

¹⁵⁷ GUZMÁN, *op.cit.*, p 167.

¹⁵⁸ *Ibid.* p 157.

Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él.

Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten".

Para que exista imparcialidad debe haber separación de funciones entre el juez y las demás partes del proceso; esto, para garantizar la equidistancia que debe haber entre el juez y las partes.

La separación entre la figura del juez con el ente acusador, es el más importante elemento del modelo teórico acusatorio.

El modelo inquisitivo y el mixto le asignó al juez la tarea de juzgar y de investigar; esto afectó directamente la garantía de la parcialidad e invirtió la carga de la prueba contra el imputado, ya que es el imputado quien debió demostrar su inocencia. La tarea de demostrar la culpabilidad del imputado fue asumida por el juez.¹⁵⁹El juez pasa a ser el enemigo del reo pues se dio a la tarea de realizar una investigación en su contra.

Además de la separación de funciones entre el juez y el ente acusador, para que las decisiones judiciales sean imparciales u objetivas, se requiere de otro componente, tal es la independencia que debe tener el juez.

Así lo establece el artículo 5 CPP y el 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁵⁹ GUZMÁN, *op.cit.*, p 169.

"Los jueces sólo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley.

En su función de juzgar, los jueces son independientes de todos los miembros de los poderes del Estado.

Por ningún motivo, los otros órganos del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme; tampoco podrán interferir en el desarrollo del procedimiento. Deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por los jueces, conforme a lo resuelto. En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez deberá informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga del pleno de la Corte, el informe deberá ser conocido por la Asamblea Legislativa".

Artículo 2 LOPJ.

"El Poder Judicial, sólo está sometido a la Constitución Política y la ley. Las resoluciones que dicten, en los asuntos de su competencia, no le imponen más responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.

No obstante, la autoridad superior de la Corte prevalecerá sobre su desempeño, para garantizar que la administración de justicia sea pronta y cumplida".

La independencia del juez significa que éste se encuentra sujeto únicamente a la ley, esto a la vez sirve como límite al poder punitivo, ya que lo imposibilita a actuar con absoluta discrecionalidad, al estar sujeto a la ley.

B. Poderes probativos del juez.

Si bien el contradictorio es concebido como garantía para asegurar la verdad de los hechos; lo cierto es que esa garantía no se cumple si los poderes probatorios del juez no son regulados.

La separación entre investigador y juez es necesaria en todas las etapas del proceso.

En la fase preliminar o etapa preparatoria, por lo general es donde se dictan resoluciones que menoscaban garantías constitucionales, tales como el dictado de medidas cautelares, órdenes de allanamiento, secuestro, inspecciones corporales. Es por ello que resulta vital que dichas resoluciones sean dictadas por un juez ajeno a la actividad investigativa, no comprometido con la investigación.¹⁶⁰

La imparcialidad del sujeto que juzga es una garantía fundamental del modelo acusatorio y no debe permitirse que el juez, que conoce de la investigación, porque participó en ella como juez de garantías en la etapa preparatoria, sea quien decida si la causa debe ir a juicio o conozca en etapa de debate.

Así lo establece el artículo 42 de la CPR.

"Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible".

Si bien, en todas las etapas del proceso, el juez debe tener la mínima participación en la formación de la prueba, con más razón en la etapa de debate.

"La participación del juez en la formación de la prueba afecta gravemente su imparcialidad, pues indefectiblemente queda involucrado con una hipótesis que luego tiene a confirmar y que además, una investigación desarrollada por el juez en forma unipersonal dificulta la

¹⁶⁰ GUZMÁN, *op.cit.*, p 173.

detección de los errores en que se podría haber incurrido y de las falsedades que podrían contener los elementos probatorios".¹⁶¹

En tesis de principio, en un sistema de corte acusatorio como el que rige a Costa Rica, el juez tiene un papel pasivo dentro del proceso. El contradictorio es de las partes y son ellas quienes deben dirigirlo. El juez nunca debe tomar una actitud activa dentro del mismo, ya que esta situación fue propia de los sistemas inquisitivo y mixto que ya quedaron en el pasado legislativo de Costa Rica.

El juez nunca debe suplir la inercia, ni del fiscal ni de la defensa. La inocencia del acusado se presume, si la hipótesis acusatoria no es probada por el Ministerio Público, lo procedente es el dictado de una sentencia absolutoria aplicando el in dubio pro reo. Cuando el juez tenga dudas, no debe buscar pruebas que lo lleven a la certeza de la acusación, ni a comprobar la inocencia del imputado, ya que esta, por disposición Constitucional¹⁶² y legal,¹⁶³ se presume.

La activa participación del juez, en el contradictorio, sólo fue atendible en la etapa de la inquisición donde se buscó de una manera desenfrenada la verdad real de los hechos, sin respetar las garantías fundamentales del imputado. En un Estado Social y de Derecho, como lo es Costa Rica, la verdad juega un papel secundario, tan solo es vista como una condición para la válida aplicación de una condena.¹⁶⁴

¹⁶¹ GUZMÁN, *op.cit.*, p 178.

¹⁶² Ver Constitución Política de Costa Rica artículos 39 y 41.

¹⁶³ Ver Código Procesal Penal artículo 9.

¹⁶⁴ GUZMÁN, *op.cit.*, p 183.

En el marco de la decisión judicial respetuosa de las garantías procesales, un juez no debe considerar la realidad como un todo, sino limitarse a las alegaciones de las partes. Si un hecho no es alegado por alguna de las partes, el juez debe ignorar y abstenerse de indagar acerca de ese hecho.¹⁶⁵

*“La pasividad del juez, a quien la ley ordena no ser curioso y no dirigir una mirada indiscreta más allá del petita partium, es la garantía suprema de su imparcialidad(...) Sólo inhibiendo al juez de todo poder de iniciativa se puede obtener de él esa objetividad libre de cualquier impulso de simpatía”.*¹⁶⁶

Un proceso con ausencia de la garantía de separación de funciones y del contradictorio, violenta el principio de objetividad e imparcialidad; ya que éste no decide en relación con los hechos alegados por las partes, sino en relación con la hipótesis construida por el mismo.

Por razones psicológicas, sociológicas e históricas, la tarea investigativa del juez afecta su actividad juzgadora, ya que el experimentador forma parte del sistema experimental.¹⁶⁷

El ente experimentador se hace esquemas conceptuales y prejuicios en la indagación de los hechos y con esto la investigación resulta contaminada por el juez; el juez no debe contribuir con ninguna de las partes.

Desdichadamente existen dos artículos en el CPP, típicos resabios del sistema inquisitivo, que le dejan el portillo abierto al juez para inmiscuirse en

¹⁶⁵ | GUZMÁN, *op.cit.*, p 185.

¹⁶⁶ *ibid* p 185.

¹⁶⁷ *ibid.*, p 186 y ss.

la construcción de la prueba, al darle la posibilidad de traer prueba al contradictorio de manera oficiosa; se violenta con esto garantías fundamentales del acusado y todos los preceptos propios del sistema acusatorio que rige nuestro CPP; estos artículos son:

Artículo 355 CPP.

"Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento".

Artículo 362 CPP.

"Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados".

En la práctica forense la separación entre el ente acusador y el juez no ha quedado tan clara, encontramos cada día jueces supliendo el rol del acusador en aras de buscar la verdad real del proceso.

Esto perjudica la objetividad de las resoluciones, además quebranta derechos fundamentales del acusado. Este traslape de roles, en aras de buscar la verdad real de los hechos, serán tratados en el capítulo 3 de la presente investigación.

CAPITULO TERCERO: Análisis jurisprudencial en aplicación a los límites formales para la averiguación de la verdad material en el derecho procesal penal costarricense.

Sección I. Aplicabilidad práctica a los límites formales para la averiguación de la verdad material, frente al respeto de los derechos fundamentales del imputado.

En el presente capítulo se realiza un breve análisis sobre la Jurisprudencia más relevante de la Sala Tercera de la Corte; esto, con la finalidad de comprobar la hipótesis de la investigación: los jueces en aras de buscar la verdad real de los hechos violentan los derechos fundamentales del acusado.

1. El Derecho de Abstención.

Toda persona llamada a un proceso en calidad de acusado tiene el derecho Constitucional¹⁶⁸ y legal ¹⁶⁹de abstenerse de declarar.

Este derecho supone que no es posible obligar a declarar a ningún imputado ni a sus familiares más cercanos, la finalidad de este derecho es la protección del núcleo familiar; su acogimiento nunca puede significar una presunción de culpabilidad por parte del quien se abstiene.

El derecho de abstención se encuentra regulado en diferentes instrumentos de derechos humanos tales como el artículo 8 de la

¹⁶⁸ Ver Constitución Política de Costa Rica, artículo 36.

¹⁶⁹ Ver Código Procesal Penal, artículo 205.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), además del artículo 14 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel Constitucional esta garantía se encuentra regulada en el artículo 36 de la CPR de Costa Rica:

“En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”.

Este artículo indica que no se trata de una prohibición de declarar, sino de una facultad para no hacerlo; su máximo objetivo es evitar el conflicto que puede suscitarse entre perjudicar a un familiar o mentir.

La jurisprudencia de la Sala Tercera toca ciertos puntos medulares en cuanto al derecho de abstención; estos son:

A. El hecho que un acusado decida declarar hasta la etapa de debate no significa que esté mintiendo.

El derecho de abstención es un derecho fundamental con que cuentan todos los acusados; su ejercicio nunca puede ser presunción de culpabilidad.¹⁷⁰

La negativa a declarar constituye el ejercicio de un derecho fundamental; cada imputado evalúa libremente si desea acogerse a este derecho o bien determinar en qué etapa del proceso decide declarar.

¹⁷⁰ Véase que desde el año 1996 la Sala Tercera considera que el derecho de abstenerse que ejerza un imputado nunca puede tomarse como presunción de culpabilidad, al respecto ver sentencia de la Sala Tercera, Nº 813-F-96 del veintitrés de diciembre de 1996.

El sistema de valoración de la prueba, utilizado en el sistema procesal penal costarricense, es el sistema de libre convicción, que implica el acatamiento de las reglas de la sana crítica, propio de los sistemas democráticos modernos. Nace como un sistema intermedio entre la rigidez propia del sistema de la prueba tasada o legal y la flexibilidad y arbitrariedad propia del sistema de la "Íntima Convicción".

Con el sistema de la libre convicción y con el uso de las reglas de la sana crítica, se busca que el juez, a la hora de resolver en un caso concreto, tenga mayores elementos para fallar y no tenga las ataduras legales que le impone la prueba tasada. Esta flexibilidad necesita un límite, ya que el juez bien puede caer en arbitrariedades al no tener un freno para con sus decisiones. Es por ello que nace la libre convicción como sistema, que si bien es cierto, admite la máxima libertad probatoria y libertad para valorar la prueba por parte del juez, él mismo, en contrapartida, están obligados a fundamentar sus resoluciones según las reglas de la experiencia, la lógica y la psicología.

Un Tribunal de Juicio no puede dejar de creer en la versión de un acusado que se abstenga durante toda la etapa de investigación y decida declarar hasta debate; puesto que esto resulta violatorio de las reglas de la sana crítica, significaría judicializar el ejercicio de un derecho fundamental.

"(...) De lo anterior se concluye con claridad que el tribunal hizo más de lo que la ley le permite, al intentar establecer por qué el imputado se abstuvo de declarar en determinado momento del proceso, aún invadiendo la esfera de trabajo del abogado defensor.

Con ello violentó groseramente el artículo 36 de la Constitución Política, y permitirlo sería establecer una presunción de culpabilidad ante el silencio del acusado, con lo que se estaría conculcando el derecho irrenunciable de cualquier ciudadano a no declarar. La abstención no debe ser utilizada nunca en forma alguna, porque de lo contrario se pone al ciudadano ante la disyuntiva de declarar lo que -tal vez- no desea, o de guardar silencio haciendo presumir su culpabilidad. Esta irregularidad del tribunal, no puede superarse con la explicación posterior referida a que no se vulnera el derecho al silencio, porque solo se analiza el comportamiento del acusado en las distintas etapas del proceso, pues a ese momento ya la irregularidad ha sido cometida. Además, conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, nuestro ordenamiento no autoriza incorporar al debate (sic). El acta donde el imputado manifestó en la instrucción que se abstenía de declarar, y menos valorar esa abstención como una presunción de culpabilidad. Debe anularse la sentencia referida, por haber violentado el debido proceso y el principio lógico de derivación".¹⁷¹

En este caso particular el Tribunal decide no creerle al imputado su versión dada en juicio, no por ser inconsistente o contradictoria, ni por carecer de prueba que la sustente, simplemente porque hasta la etapa de juicio decide declarar.

Esto es una violación al debido proceso y un quebranto a las reglas de la sana crítica. Lleva total razón la Sala Tercera, al considerar que lo procedente ante una sentencia condenatoria con tal fundamentación es la anulación de dicha resolución.

¹⁷¹ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 416-F de las 9:45 hrs del 14 de Octubre del 1994.

B. Resulta ilegal la prueba obtenida por una persona que teniendo derecho a abstenerse de declarar no se le hace la prevención.

El derecho de abstención no solo cubre al acusado, sino a los parientes cercanos a este, así lo establece el artículo 36 de la CPR. Este derecho forma parte del debido proceso; así lo ha declarado acertadamente la Sala Tercera en reiterada jurisprudencia.¹⁷²

Cuando una autoridad jurisdiccional o administrativa tome alguna manifestación a un testigo, debe preguntarle si existe alguna relación de parentesco de esta con la persona acusada y si desea, en virtud de esta relación, abstenerse de declarar.

El desconocimiento por parte de la autoridad de dicha relación no la exime de su obligación de averiguar si existe relación de parentesco y hacer la prevención respectiva.

En caso que la autoridad omite prevenirle al testigo sobre su derecho de declarar por la relación que existe de parentesco con el acusado y se le tomen manifestaciones al testigo o este decida participar activamente de la investigación, resulta ilegal toda la prueba producida por éste.¹⁷³

La Sala Tercera, en reciente Jurisprudencia, considera que no desmejora la garantía constitucional de abstenerse de declarar el

¹⁷² Al respecto véase SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 4424 de las 9:15 las 7 Julio del 1997.

¹⁷³ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 120 de las 9:55 hrs del 15 de Febrero de 2008.

desconocimiento del Ministerio Público, respecto de la relación de parentesco entre el acusado y el testigo.¹⁷⁴

(...)En el presente caso, el derecho o facultad de abstención que se establece en el artículo 36 de la Constitución Política, y que igualmente se regula en el artículo 205 del Código Procesal Penal, constituye un elemento integrante del debido proceso, y una garantía establecida a favor de los ciudadanos que debe ser celosamente respetada y aplicada por las autoridades judiciales que intervienen en un proceso penal. Así las cosas, se considera que el Tribunal de mérito aplicó correctamente la normativa de los artículos en cuestión, ya que afectivamente, en el presente caso, el colaborador encubierto, Andrés Marín, utilizado por las autoridades policiales con el imputado K.O.M. que se encuentra dentro de los supuestos establecidos en las normas referidas anteriormente. De esta forma, Andrés Marín, quien para la fecha de hechos era sobrino por afinidad del imputado (...) tenía la facultad de abstenerse de declarar en contra de quien en ese momento era su tío político, del encartado K.O.M. Así las cosas, es inverosímil e incorrecta la tesis que sustenta el alegato de la recurrente, según la cual, Andrés Marín, durante su actuación como agente encubierto en el seguimiento de la investigación de los hechos objeto de juicio, no estaba amparado por la facultad de abstención en cuestión, ya que en dicho momento no tenía la condición de testigo. Lo anterior, por cuanto no es procedente, considerar que la facultad de abstención del colaborador Andrés Marín se circunscriba únicamente a la fase de juicio oral y público, cuando prácticamente la totalidad de la prueba que sustentó la acusación objeto del contradictorio, fue derivada de su actuación, de tal forma, que la tesis planteada por la recurrente, implicaría el vaciamiento o desnaturalización de la facultad de abstención, tal y como se estableció anteriormente, es de carácter absoluto. En definitiva, la facultad de abstención cubre a todas las personas que ostenten los grados de consanguinidad o afinidad establecidos en el artículo 36 de la Constitución Política, y el artículo 205 del Código Procesal Penal, durante todo el Proceso Penal, así como en todos y cada uno de deban realizarse durante el desarrollo del mismo, en donde obviamente se incluyen los actos de investigación. En el presente caso, la eventualidad presentada, que es muy particular y poco común no permite relativizar la facultad de rango constitucional en perjuicio del

¹⁷⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 120 de las 9:55 hrs del 15 de Febrero de 2008.

testigo mismo, y según las circunstancias del evento que nos ocupa, en forma indirecta, en contra del imputado, ya que esto significaría la violación e inobservancia del debido proceso penal". ¹⁷⁵

Con esta interpretación la Sala busca que las autoridades encargadas de la administración de justicia no cometan arbitrariedades en aras de buscar la verdad de los hechos, omitiendo prevenir a los familiares cercanos del acusado su derecho de no declarar, ya que sus declaraciones pueden ser utilizadas en contra del mismo imputado. Además, la Sala Tercera, muy acertadamente, considera en dicha resolución, que toda la prueba que se extraiga de las manifestaciones y la colaboración del testigo que teniendo la facultad de abstenerse no es prevenido de tal facultad, resulta ilegal; la sentencia que se fundamente, en dicha prueba, resulta violatoria de las reglas de la sana crítica y el debido proceso, así como de la ley procesal misma en el artículo 369 inciso c del CPP.

C. El derecho de abstención no sólo cubre a los testigos, en la etapa de juicio, sino durante toda la investigación.

El derecho de abstención que tienen los familiares cercanos al acusado, no sólo cubren al testigo, en la etapa de debate, sino desde el inicio de la investigación. El testigo puede ejercer su derecho constitucional de guardar silencio desde etapas tempranas de la investigación.

¹⁷⁵ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 120 de las 9:55 hrs del 15 de Febrero del 2008.

El derecho de abstención, como bien se puede analizar, es un "derecho" y no una obligación; esto es, que el pariente del acusado e incluso el imputado mismo, tiene el derecho constitucional¹⁷⁶ y legal¹⁷⁷ de guardar silencio. Esto no impide que pueda declarar, siempre que lo haga libremente, sin presiones y conociendo su derecho a callar. Dicho silencio no significa responsabilidad de ningún tipo por quien calla (en caso de los testigos) ni presunción de culpabilidad (en caso del acusado). Esta prevención de silencio la debe hacer: el Juez, el Ministerio Público o, en su defecto, la Policía que intervenga en la investigación. Por ello se desprende que este derecho no solo es aplicable en la etapa de debate; incluso, en la etapa de investigación existe dicha protección.

En Sentencia 120 de las 9:55 hrs del 15 de febrero del 2008 la Sala Tercera indica que la calidad de testigo no se circunscribe sólo a la etapa de debate, sino a toda la investigación y a quienes les cubre el derecho de abstención se les debe prevenir desde etapas tempranas de la investigación.

"En este sentido se tiene que los derechos y garantías individuales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico a favor de los costarricenses, sin importar que calidad tengan dentro de un proceso penal, son de carácter absoluto e irrenunciable. En el presente caso, el derecho o facultad de abstención que se establece en el artículo 36 de la Constitución Política, y que igualmente se regula en el artículo 205 del Código Procesal Penal, constituye un elemento integrante del debido proceso, y una garantía establecida en favor de los ciudadanos que debe ser celosamente respetada y aplicada por la autoridades judiciales que intervienen en un proceso penal (...) no es procedente, considerar que la facultad de abstención del colaborador Andrés Marín Alvarado, se

¹⁷⁶ Ver Constitución Política de Costa Rica artículo 36.

¹⁷⁷ Ver Código Procesal Penal, artículo 205.

circunscriba únicamente a la fase de juicio oral y público, cuando prácticamente la totalidad de la prueba que sustentó la acusación objeto del contradictorio, fue derivada de su actuación, de tal forma, que la tesis planteada por la recurrente, implicaría el vaciamiento o desnaturalización de la facultad de abstención, la cual, tal y como se estableció anteriormente, es de carácter absoluto. En definitiva, la facultad de abstención cubre a todas las personas que ostenten los grados de consanguinidad o afinidad establecidos en el artículo 36 de la Constitución Política, y el artículo 205 del Código Procesal Penal, durante todo el proceso penal, así como en todos y cada uno de los actos que deban realizarse durante el desarrollo del mismo, en donde obviamente se incluyen, lo actos de investigación".¹⁷⁸

En este caso el Ministerio Público utiliza la figura de un colaborador encubierto para hacer una compra controlada de droga en una vivienda, sin percatarse que el colaborador es el sobrino político del acusado. Es hasta la etapa de debate que la defensora del encartado se percata de la situación de parentesco; se logra demostrar, con el dicho de los oficiales que participan en la investigación, que nunca se le previno al colaborador encubierto sobre su derecho a no participar en la diligencia, en virtud del nexo familiar que existe entre éste y el incautado.

La Sala Tercera en resolución muy acertada confirma la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio, pues considera que toda la prueba obtenida en dicha diligencia (controlada y con ella el allanamiento) resulta espuria, ya que quebranta el derecho de abstención que tiene el agente encubierto. Además, dicha Sala considera que si el Ministerio Público no conoce la relación de parentesco que existe entre el colaborador y el imputado, esto no releva su responsabilidad para hacer la prevención de abstención.

¹⁷⁸ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 120 de las 9:55 hrs del 15 de Febrero del 2008.

D. El nexo familiar debe existir al momento de recibir la deposición de alguno de los parientes del justiciable, a los que la ley concede esta facultad.

El nexo familiar entre el acusado y el testigo debe estar vigente al momento en que este declara, o participa en la etapa de investigación.¹⁷⁹

Lo importante es la situación objetiva de afinidad o consanguinidad que exista, no si las personas tienen una buena o mala relación entre ellas, ya que lo que se desea proteger es el núcleo familiar y los lazos afectivos.¹⁸⁰

Respecto de esto, la Sala Tercera considera:

"Esta Sala ha señalado con anterioridad que, el derecho de abstención es susceptible de hacerse valer, siempre que subsista un nexo familiar constituido, al momento de recibir la deposición de alguno de los parientes del justiciable, a los que la ley concede tal facultad- Cfr. Votos 307-f- 94 de las 9:30 hrs del 12 de agosto de 1994 y 1319-2000 de las 10:05 hrs del 2000. La Sala Tercera Penal-

En el artículo 205 del Código Procesal Penal establece que podrá abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente con más de dos años de vida en común, del imputado o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Deberá informarse a las personas mencionada de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas. En la causa que nos ocupa, dentro del elenco de hechos probados y el contexto integral de la resolución se desprende que la víctima es la hijastra del imputado, quien contrajo matrimonio con la

¹⁷⁹ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 1358 de las 10:15 hrs del 8 Agosto del 2002.

¹⁸⁰ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 515 de las 15:00 hrs del 7 de Junio del 2002.

madre de aquella, cuando la niña tenía cinco años de edad y si bien es cierto, al momento del debate, la ofendida ya no convivía en el mismo domicilio del acusado y su madre, ello no incide sobre el vínculo familiar que la une con el justiciable, el cual se mantiene a pesar de las circunstancias apuntadas, siempre que se encuentre vigente la unión matrimonial señalada".¹⁸¹

En este caso, la Sala Tercera considera que lo importante para hacer valer el derecho de abstención es el hecho objetivo de existencia de una relación de parentesco; sin importar si las personas tienen contacto o buenas relaciones, lo que importa es que exista en vínculo familiar.

Es sumamente importante y no negar el derecho de abstenerse al pariente del acusado por el simple hecho de encontrarse separado del justiciable. Como se dijo anteriormente, lo importante es la existencia del vínculo familiar, no las buenas relaciones de convivencia que puedan hacer o no entre pariente y acusado; así lo interpreta la Sala Tercera.

En el caso de la unión de hecho, la ley le otorga la facultad de abstención al cónyuge o conviviente con más de dos años de vida en común. Respecto de esto, la Sala Tercera señala que la unión de hecho debe ser estable, cohabitante, actual, pública, notoria y singular;¹⁸² además, es necesario que la relación se mantenga vigente a la hora de la deposición de los cónyuges. Si la relación ha terminado, ya no los cobija el derecho de abstención, por haberse roto el nexo de convivencia que es lo que se protege en las relaciones de hecho.¹⁸³

"De lo anterior puede colegirse como bien señala la recurrente, que al momento de la celebración del juicio oral no existía elementos para

¹⁸¹ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 515 de las 15:00 hrs del 7 de Junio del 2002.

¹⁸² Ver sentencia: SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 170 de las 9:45 hrs del 11 de Marzo del 2005.

¹⁸³ Ver sentencia: SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 170 de las 9:45 hrs del 11 de Marzo del 2005.

presumir que entre imputado y ofendida aún persistía una relación de convivencia presupuesto de aplicación de la norma contenida en el ordinal 205 del Código de rito, por lo que resulta ostensible que se aplicó erróneamente dicho precepto legal causando preterición de prueba de carácter esencial, ya que es precisamente E. G. B., quien en definitiva puede esclarecer lo sucedido y confirmar o desmentir la hipótesis acusatoria formulada por el Ministerio Público. Debe señalarse que teleológicamente, el ordinal 205 del Código Procesal Penal, tutela una situación actual cuyo objetivo es proteger la estabilidad familiar y la misma debe verificarse al momento en que el vínculo se mantiene estable porque se tengan hijos en común, necesidades de tipo económico, u otras circunstancias de orden sociológico".¹⁸⁴

Respecto de esto, muestro disconformidad con el criterio de la Sala Tercera, ya que si bien en la unión de hecho se protege la relación de convivencia, se debe evaluar en cada caso en concreto la situación que lleva a la separación. En una familia de hecho, también existen lazos afectivos que se deben proteger.

Es importante considerar que cuando se trate de un matrimonio legalmente constituido, los cónyuges mantienen su derecho de abstención, incluso si llevan muchos años de no convivir; la separación judicial no tiene implicaciones respecto de la potestad de abstención. Esto resulta ilógico, ya que lo que debe proteger este derecho son las relaciones afectivas que existen entre las personas allegadas al acusado, no el simple hecho de tener un vínculo legal. En esta jurisprudencia se notan los prejuicios que aún se arrastran respecto de la convivencia de hecho.¹⁸⁵

¹⁸⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 170 de las 9:45 hrs del 11 de Marzo del 2005.

¹⁸⁵ La Sala Tercera en resolución 1358 de las 10:15 del 8 Agosto del 2000 consideró que la separación de hecho no surte efectos en cuanto a la facultad abstención que tiene los parientes del acusado.

E. Es ilegal la incorporación de documentos o manifestaciones emitidos por el imputado o los parientes de éste, cuando media la facultad de abstención en etapas posteriores.

La Sala Tercera señala que cuando un acusado decida abstenerse de declarar en debate, no es posible incorporar por lectura cualquier tipo de manifestación procesal que el mismo hizo en etapas anteriores y que le pueda implicar algún grado de responsabilidad.

El derecho de abstención es un derecho irrenunciable; puede ser ejercitado en cualquier fase del proceso.¹⁸⁶Diferente sucede en el caso de las manifestaciones que haga el acusado de manera espontánea, estas pueden ser utilizadas, aunque posteriormente se acoja al derecho de abstención en la etapa de debate.

“Las manifestaciones rendidas espontáneamente a terceros por quienes luego se acogen a su derecho de abstenerse de declarar, constituyen elementos de prueba lícitos y que en forma válida pueden ser considerados por los juzgadores en sustento de sus decisiones. El criterio de la espontaneidad ha de ser interpretado restrictivamente, así, no podrá recibir las manifestaciones que se hayan hecho ante ciertas autoridades que omitan advertir al testigo de la existencia de su derecho de abstención (policías, fiscales, jueces, etc.), o bien las que sean resultado de un orden judicial (por ejemplo, las rendidas ante peritos forenses); pues ellas integran parte del curso mismo del proceso. ¹⁸⁷En cambio, si son espontáneas las narraciones de hechos que los testigos con derecho de abstenerse de declarar hagan fuera del proceso, ante personas que no están obligadas a formular advertencia alguna e independientemente de si realizan o no una función pública. Aunque voluntaria la prueba- y la comunidad procesal de su resultado- tales manifestaciones no pueden

¹⁸⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 604 de las 9:30 hrs del 24 de Julio del 2003.

¹⁸⁷ Ver sentencia SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 100 de las 10:30 hrs del 8 de Febrero del 2002.

estimarse voluntarias y ante el silencio del acusado en debate, no pueden ser introducidas".¹⁸⁸

El derecho de abstención se extiende a todas aquellas manifestaciones que hagan los parientes del acusado con facultad de abstención en etapas anteriores y que posteriormente en la etapa de debate decide abstenerse.

Dichas manifestaciones hechas por el testigo en etapas previas, no pueden ser incorporadas al debate por lectura, ya que el testigo se está acogiendo a su derecho a guardar silencio y esto se aplica de manera retroactiva a todas las manifestaciones hechas durante el proceso. Esto no evita que las autoridades encargadas en la Administración de Justicia resuelvan con base en otros elementos de prueba incorporados al procedimiento, ni invalida el proceso cuando este haya iniciado por su denuncia de quien tiene facultad para callar previa advertencia de sus derechos.

La jurisprudencia señala que las manifestaciones que hace el testigo o el acusado a terceras personas como por ejemplo educadores(as)¹⁸⁹ o trabajadores(as) sociales, rendidas extrajudicialmente, pueden ser incorporadas al debate, aunque los testigos que hacen estas manifestaciones se abstengan de declarar en debate. Estos(as) servidores(as) son considerados(as) testigos de referencia, al conocer los hechos, a raíz de la deposición espontánea que le propinó el testigo. Por

¹⁸⁸ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 604 de las 9:30 hrs del 24 de Julio del 2003.

¹⁸⁹ En el caso de las manifestaciones que hace la maestra sobre situaciones que le relata el familiar quien tenía derecho de abstenerse son procedentes cuando estas manifestaciones son extraprocesales, así lo señala la Sala Tercera, en resolución N° 7005 de las 9:30 del 4 de noviembre de 2005.

tal razón, no tienen la obligación de prevenir al testigo sobre su derecho de abstenerse a declarar, por ser persona ajena al proceso.

El caso de los peritos oficiales, es diferente; estos sí tienen el deber de informarle a los testigos su derecho a guardar silencio, por lo que las deposiciones que hagan, no pueden ser incorporadas a debate ni ser tomadas en cuenta para la decisión cuando el testigo decide en debate abstenerse de declarar. Esto, en virtud de que tal deposición no resulta de manera espontánea y voluntaria, sino como una condición para el curso mismo del proceso judicial.¹⁹⁰

"Se hace necesario hacer una distinción entre las personas que pueden declarar de referencia aquello que han sabido porque se los han narrado otra persona. Cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria; mientras que lo narrado ante los peritos oficiales, tales como el médico, psiquiatra o psicólogo, no puede introducirse al debate ni ser tomado en cuenta para la decisión, porque el relato de la víctima y sus familiares no se ha producido en forma espontánea y voluntaria, sino como una condición para el curso mismo del proceso judicial".¹⁹¹

F. Aplicación del derecho de abstención cuando al imputado, en el inicio de la investigación, se le considera testigo o víctima y se le toman manifestaciones, sin hacerle ningún tipo de prevención.

¹⁹⁰ Ver sentencia SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 122 de las 8:05 hrs del 8 Febrero del 2000.

¹⁹¹ Ibid.

La facultad de abstención la tienen todos los acusados que ostentan la condición de imputado; dicho derecho se obtiene desde el momento en que son declarados imputados, no antes. Las declaraciones y el comportamiento evasivo y desorientador que haga el responsable de un hecho, frente a las autoridades que ignoran su participación. Es utilizable y válida aún cuando con posterioridad se adquiriera la condición procesal de imputado, porque las autoridades no se acercan a la fuente de información, conociendo o sospechando de su eventual responsabilidad, actuaron de buena fe y la persona da los datos en forma libre y sin ninguna presión externa por parte del poder estatal; lo que los investigadores obtienen en esas condiciones puede ser introducido válidamente al proceso.

Respecto de este tema, la Sala Tercera considera que:

(...) i la persona debe ostentar la condición, al menos, de sospechosa o de imputada de un hecho delictivo; ii) el acercamiento de las autoridades a esa persona para obtener información, debe serlo con conocimiento claro de que tiene esa condición y que en virtud de ella es que la requieren. Estos son los presupuestos sobre los que la garantía irrumpe y en los cuales encuentra su sentido. Si la primera condición no está presente, no surge la garantía que, como vimos, es un límite a la actuación de las autoridades penales en la averiguación de la verdad respecto de un hecho delictivo y su responsable. El párrafo cuarto del artículo 12 del Código Procesal Penal señala “[...] Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos, que en esa condición, prevén la Constitución Política, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley [...]”. De seguido, el artículo 13 *ibíd.* Señala: “(...) Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir un defensor de su 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 (...)"'. De la normativa transcrita surgen dos temas básicos: **i)** autoridades penales e investigación en curso y **ii)** condición de sospechoso o imputado. Esta última condición no surge si no se tiene dato de la existencia o comisión de un hecho delictivo y de una investigación en curso. Pueden -de hecho son las más comunes-, existir investigaciones en las que se ignore quién es el responsable y precisamente se dirigen a su individualización. La complejidad de los casos y la cantidad de variables que puedan presentarse en este tipo de pesquisas es enorme. Pero no puede desconocerse que una gran cantidad de asuntos -quizás la mayoría- se inician sin un presunto responsable individualizado. En cuanto a este punto y de trascendencia para lo que más adelante se desarrolla, debe señalarse que en esta materia deben considerarse dos variables esenciales, sobre las cuales podría concluirse que tienen validez las manifestaciones que una persona que es responsable de un hecho delictivo en investigación, pero de cuya participación se ignora, brinde a las autoridades: **i)** actuación de buena fe de las autoridades policiales; **ii)** valoración objetiva de las circunstancias en que la policía obtuvo información de esta persona, para ponderar que efectivamente, cuando ese acercamiento se da, no existía posibilidad de sospecha alguna. Esto tiene relevancia porque indiscutiblemente debe valorarse con sumo cuidado este tema, para no dar margen a que la policía manipule el avance de las investigaciones y en forma malintencionada, mantenga a una persona en un status aparente de ausencia de sospecha, para acercarse bajo engaño y obtener información de ésta, para luego utilizarla en su contra, cuando decida a su conveniencia que ha adquirido la condición de sospechosa o imputada. Para evitar este tipo de prácticas, muy comunes en otras épocas, el operador deberá valorar objetivamente si al momento en que las autoridades se acercaron a esta persona, podría razonablemente sospecharse de su participación, porque si así fuera, deberán prevalecer los derechos que le asisten aún al sospechoso y advertírsele de esa condición. Cosa distinta sucede si es posible valorar la actuación legítima y de buena fe de las autoridades, quienes caen presa del engaño y de la conducta desorientadora de quien se sabe responsable de un delito y de la ignorancia de las autoridades y por ello, se dedica a confundirlas y desviar su atención hacia otras variables, porque en estas condiciones, todo lo que esta persona haya dicho, la coartada que montó, no podría entenderse cubierta por el derecho de abstención aún cuando con posterioridad adquiera la condición de imputada, pues

se trataría de conductas voluntariamente desarrolladas y con claro propósito de desviar la atención, de manera que para las autoridades de investigación formarían parte del desarrollo histórico de las pesquisas y en este entendido, serían hechos que les constan personalmente y podrían narrarlo en juicio. Y es que no debe olvidarse que hay un número no despreciable de asuntos en los cuales el verdadero responsable se aprovecha del desconocimiento de las autoridades sobre lo sucedido y las confunde, brinda declaraciones que desorientan, incrimina a otros, en fin, despliega toda una actividad que, dirigida a protegerse, contribuye a desviar las investigaciones. Algunas de estas conductas podrían incluso configurar un delito, por ejemplo, la denuncia calumniosa, el ofrecimiento de testigos falsos o la simulación de delito. Y todas estas figuras delictivas en realidad se materializarían por la propia conducta desplegada por el agente frente al aparato judicial que ignora su responsabilidad en el hecho, que ignora, por ejemplo, que incrimina falsamente a otro, que está simulando un hecho y por ello, nunca podría prevenirle de sus derechos si en el futuro se descubre su delito, pues tal conclusión llevaría simplemente a la impunidad de estas figuras, cuya prueba sería precisamente lo que conste a las autoridades que el sujeto les informó, declaró y narró cuando desplegaba su conducta mendaz. En estas hipótesis, es claro que no existe la menor inducción o ardid por parte de la policía, que actúa de buena fe y en cumplimiento de su deber. No podrían, en consecuencia, invocarse todos los antecedentes históricos que justificaron el surgimiento de la garantía de comentario –la tortura, el abuso de poder e incluso la persecución policial- porque no están presentes y tampoco podría retrotraerse a estos momentos la protección constitucional, justificando el desvío y la información falsa brindada, pretextando que de esa forma se protegía de ser penalmente perseguido, porque una cosa es que el acusado pueda abstenerse de declarar y colaborar con las autoridades y otra legitimar engaños y obstaculizaciones en la averiguación de la verdad y hasta la fabricación falsa de indicios o la calumniosa incriminación de terceros porque eso ya traspasa los límites de la protección y de lo que no puede ser tolerado y prueba de ello sería incluso la posibilidad de que algunas de estas conductas obstaculizadoras se encuentren tipificadas como delito, según se analizó. Lo dicho nos trae a colación el tema de las coartadas que un individuo ya sindicado como sospechoso o responsable de un hecho, brinde e incluso la falsa información que dé. Mucha controversia ha generado la discusión del tema de si el derecho de abstención faculta al imputado para mentir, es decir, sobre la existencia de un "derecho a mentir". La Sala Constitucional conoció del tema y

concluyó que no existe, al amparo del artículo 36 constitucional, un derecho constitucional a mentir (cfr. resolución 6359-93 de las 14:57 horas del 1º de diciembre de 1993 de esa Sala). Independientemente de los matices que se quiera dar al punto, lo cierto es que nada impide que el acusado, si desea declarar "invente" una coartada e incluso simule hechos que refuerzan su explicación, porque no está sujeto ni al deber de colaborar y por ello, obviamente tampoco a decir la verdad. Y por estos hechos falsos, no podría dentro del mismo proceso, surgirle responsabilidad penal, por ejemplo, por falso testimonio, excepto cuando con su conducta desorientadora haya perjudicado a otras personas -por ejemplo, la denuncia calumniosa o la simulación de delito- (cfr. al respecto, resolución 492-98 de las 10:15 horas del 22 de mayo de 1998 de esta Sala). Cuántos pasos avance el acusado en este ejercicio y hasta dónde llega en el terreno de lo permitido y cuándo traspasa el límite de lo ilícito -según los supuestos antes relacionados- debe ser valorado en cada caso, pero lo que interesa recalcar aquí es que tanto la coartada como el pretendido derecho a mentir son variables que se analizan a partir de que se tiene ya la condición de imputado, no antes".¹⁹²

La falta de cumplimiento de las prevenciones relativas a la posibilidad de abstención, a que tiene derecho ciertas personas, es parte de las formalidades esenciales establecidas que debe respetarse para la existencia de un proceso válido. Por ende, integra el debido proceso, aunque se debe rescatar que una sentencia absolutoria no debe anularse si se basa en una declaración favorable para el imputado, pero violatoria del derecho de abstención del pariente imputado.¹⁹³

¹⁹² SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 427 de las 14:05 hrs del 4 de Mayo del 2007.

¹⁹³ LLOBERT RODRÍGUEZ Javier. (2003). Procesal Penal comentado. 2º end , San José, Costa Rica: Editorial Continental p 306-307.

2. El imputado como objeto de prueba.

A. El órgano competente para realizar y autorizar la intervención corporal, depende de la naturaleza de la misma y el límite para ordenarlas es el principio de proporcionalidad.

El concepto de proporcionalidad nace como un elemento integrante del derecho Administrativo, conceptualizado como un límite al ejercicio de las potestades administrativas.¹⁹⁴

Cuando el Estado intervenga en la esfera privada o de los derechos fundamentales del acusado, los medios deben mantenerse en proporción adecuada a los fines perseguidos.

El principio de proporcionalidad es una exigencia propia del Estado de Derecho, que impone la protección del individuo contra intervenciones estatales, innecesarias o excesivas que graven al ciudadano más de lo indispensable para la protección de los intereses públicos.¹⁹⁵

Desde el año 1994¹⁹⁶ existe jurisprudencia que hace la distinción entre la simple requisita que se encuentra regulada en leyes, reglamentos o circulares que no tienen un fin en el proceso, sino la simple seguridad y vigilancia, (esta puede ser ordenada por el Ministerio Público y realizada por la policía). Las intervenciones corporales, al constituirse en una violación a la integridad e intimidad de las personas involucradas, deben

¹⁹⁴ SALAZAR, *op.cit.*, p141.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p 142.

¹⁹⁶ Ver resolución SALA CONSTITUCIONAL n° V-603-94 de las 10:45 hrs del 28 de febrero de 1994.

ser ordenadas por una autoridad jurisdiccional y realizadas por un experto en la materia, como es el caso del perito médico¹⁹⁷.

La Sala, de manera acertada, considera que en materia de intervenciones corporales es requisito para la validez de la misma que esta se realice por un profesional en la materia y ordenada por un juez. Véase al respecto la sentencia de Sala Tercera n° 88 de las 9:30 hrs del 8 de Febrero del 2002; en esta causa, la Sala Tercera, considera que extraer un preservativo de la vagina de una mujer constituye una violación a sus derechos fundamentales, siendo que no es una simple requisita, sino una intervención corporal que debe ser ordenada por un juez de garantías y realizada por un médico. Ante la ausencia de estos requisitos, la actuación resulta totalmente ilegítima e ilegal.¹⁹⁸

(...) II.- Los reclamos son procedentes. En forma correcta el Tribunal resolvió declarar la ineficacia de la requisita y del acta que la documentó, pues claramente se evidencia que se trató de una seria y grave intromisión en la intimidad, integridad y pudor de la imputada, sin respetarse las garantías mínimas que define el numeral 88 del Código Procesal Penal (en adelante CPP.) en cuanto a las intervenciones corporales. Está absolutamente claro que la extracción de un envoltorio de la vagina de una mujer es una intervención corporal que afecta su pudor e intimidad e implica una intromisión en su integridad física, derechos fundamentales que no pueden ser afectados simplemente por la intervención de la policía e incluso, con la sola orden del Ministerio Público, sino que debe ser primero, valorada su procedencia y ordenada por un juez, para luego ser practicada por un perito –médico, en este caso-. Así se desprende de la relación del numeral 88 con el 292 del CPP., porque se trata de actos que afecten derechos fundamentales de las personas y que, como este caso, exceden el marco razonable de lo que es una inspección corporal y una requisita las que, en principio, puede ordenarlas y realizarlas el

¹⁹⁷ Ver Código de Procesal Penal, artículo 88.

¹⁹⁸ Ver resolución de la SALA TERCERA n° 746 de las 11:20 hrs del 18 de Julio de 2008, que hace referencia a la resolución de la SALA CONSTITUCIONAL n° V-603-94 de las 10:45 hrs del 28 de febrero de 1994.

Ministerio Público. Hay pues, concordancia de esta Sala en cuanto a la forma en que el Tribunal deslegitimó el acto de requisa –que no fue requisa sino intervención corporal- y el acta que la documenta, lo que significa que no puede introducirse al proceso la evidencia así obtenida".¹⁹⁹

En este caso, en concreto, la Sala Tercera bien considera que se violentan los derechos fundamentales de la acusada, pues existe un claro quebranto al principio de proporcionalidad, ya que los medios utilizados para recabar la prueba son desproporcionales al delito cometido (introducción de droga la penal), por lo que deslegitima el acto de la requisa y con ello la prueba obtenida en dicha diligencia.

B. El consentimiento del imputado no es necesario a la hora de practicar una intervención corporal.

Cuando al incautado se le pide o exija hacer algo, es decir una conducta activa, se convierte en sujeto de prueba y puede negarse a realizarlo, dado que la CPCR garantiza el derecho a no incriminarse a sí mismo. Pero, cuando el imputado es objeto de prueba, cuando no implica un hacer de su parte, sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario. Los límites legales, son fijados, conforme con la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, que debe recabarse por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso.

¹⁹⁹ SALA TERCERA DE LA CORTE nº 88 de las 9:30 del 8 de febrero del 2002.

Cuando el imputado es objeto de prueba y no órgano de prueba, no tiene derecho de negarse a la intervención corporal; no lo cubre el derecho de abstención porque no se le exige que colabore activamente en la formulación de la prueba.

En sentencia 1132 de las 9:25 hrs del 23 de noviembre 2001, la Sala Tercera considera que obligar al imputado a que se le extraigan muestras de sangre, no es violatorio del debido proceso, siempre que se efectúe, según las reglas del saber médico.

En el caso concreto, el acusado atropella a A.N.P., que muere a causa de esto; cuando llega la policía de tránsito al lugar del accidente, le indican al acusado que se realice la prueba de alcoholemia, a la cual el acusado se niega, los oficiales de tránsito lo trasladan al hospital para que le extraigan una muestra de sangre con la finalidad de conocer su estado de ebriedad. Dicho acusado es condenado por el delito de homicidio culposo y dentro de sus alegatos de revisión de sentencia señala que se le violenta su derecho de defensa y el derecho al debido proceso, ya se le obliga a realizarse una prueba de sangre.

Como bien señala la Sala en esta ocasión, si bien es cierto, no puede obligarse al acusado a soplar en el alcoholímetro por necesitarse de una conducta activa por parte de éste, si puede obligársele a comparecer a un hospital y que el personal calificado le extraiga una muestra de sangre. En ese supuesto, el acusado tiene una participación pasiva que se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad, ya que el daño causado a su integridad física, es nulo.

Respecto de la rendición de cuerpo de escritura por parte del imputado, la Sala Tercera en sentencia 1301 de las 4:00 hrs del 12 de noviembre del 2004 se pronuncia a favor del derecho que tiene el acusado de abstenerse de rendir cuerpo de escritura. Esta Sala considera que obligar al acusado a rendir cuerpo de escritura constituye una violación a su sagrado derecho de abstención, ya que se requiere de la participación activa de éste.

Por otra parte, la Sala Tercera considera que es permitida la utilización de firmas hechas por el acusado, que consten en el expediente, para realizar los correspondientes exámenes grafoscópicos.²⁰⁰ Esto, resulta del todo inaceptable, ya que cuando el imputado plasma su firma, no se le previene sobre la posibilidad de utilizar dicha rúbrica en su contra. Aceptar como válida esa práctica, es violatorio del principio de lealtad procesal, ya que se necesita de la participación activa del acusado, para firmar el acta; dicha firma no puede considerarse, según los parámetros de aplicación del imputado, como objeto de prueba, ya que éste actúa como sujeto activo al plasmar su firma.

C. La ausencia del defensor público en la realización del examen médico practicado al acusado, no es violatorio del debido proceso, ni invalida el acto.

El artículo 88 del CPP no toca el tema de la necesidad o no de la presencia del defensor en la intervención corporal o requisita a la que se

²⁰⁰ Ver sentencia SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 6261 de las del 26 de noviembre del 1993, además, SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 1215 de las del 15 de marzo de 1996.

someta el acusado. Al respecto, la Sala Tercera, en sentencia N° 1158 de las 8:20 hrs del 17 de noviembre de 2006 considera que no es necesaria la presencia del defensor en dicha diligencia, ya que el imputado figura como un objeto de prueba y no como un órgano de prueba; no se requiere asistencia técnica, ya que en ese momento no se le considera sujeto procesal.

"No obstante, esta Sala ha reiterando que por la naturaleza misma de dicha diligencia- en la que no se requería participación activa o cooperación del acusado. Él se convierte en objeto de prueba, estando obligado a soportar la extracción de sangre. Por lo tanto, resultaba irrelevante si al momento de efectuarse la diligencia, no se había apersonado el profesional que lo representaría, pues el resultado final obtenido con o sin la presencia del defensor, hubiera sido el mismo".²⁰¹

En este caso, la Sala falla con asiento, ya el derecho de defensa protegido a nivel constitucional y legal, garantiza a los acusados contar con defensa técnica, desde etapas muy tempranas de la investigación. Como lo indica la Sala, al acusado se convierte en objeto de prueba y resulta irrelevante si al momento de efectuarse dichas diligencias, no contaba con representación profesional, en derecho. El cuerpo del imputado se convierte en objeto de investigación, y no cambia para nada, en el cuadro fáctico, la presencia del defensor.

Mientras no exista participación activa del acusado, no se está violentando el derecho de abstención y por lo tanto tampoco el de defensa, pues la participación del acusado es pasiva, un mero objeto dentro del proceso.

²⁰¹ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia nº 1158 de las 8:20 hrs del 17 de noviembre del 2006.

3. Supresión de la tortura.

En el sistema Inquisitivo, el imputado se considera un objeto dentro del proceso, se le niegan derechos fundamentales al no considerarse sujeto activo dentro de la causa, por lo que la confesión mediante la tortura es la madre de las pruebas. En esta etapa, la tortura es considerada tanto como método de la obtención de la verdad, como una pena.

Actualmente la Constitución Política de Costa Rica y diversos tratados de derechos humanos²⁰², erradican la tortura en todas sus manifestaciones (sea como método para encontrar la verdad real o como pena). El Sistema Penal Costarricense establece el delito de tortura como forma de prevenir las arbitrariedades que cometen los auxiliares de la administración de justicia, en aras de descubrir la verdad; esto, en relación específicamente con los detenidos y su situación respecto de ellos.

El artículo 40 de la CPRC señala:

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencias será nula".

Además, el artículo 123 bis del CP, que establece el delito de tortura.

"Será sancionado con pena de prisión de tres de diez años quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto consentido o que se sospeche que ha cometido,

²⁰² Ver Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 7, la Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 5.

para obtener de ella o un tercero información o confesión, por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil.

Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años para el ejercicio de sus funciones”.

El tema de la Tortura en Costa Rica es tratado vía jurisprudencial principalmente por la Sala Constitucional²⁰³ y el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.²⁰⁴ La Sala Tercera de la Corte, que es objeto de análisis en esta investigación, no tiene jurisprudencia relevante al respe

4. La protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados.

Este límite a la verdad real, busca proteger el derecho a la intimidad que tienen todas las personas, incluso si se encuentran enfrentando un proceso penal en calidad de acusado. El derecho a la intimidad se define como aquel derecho que tienen todas las personas a que se les respete su esfera de privacidad y la de su familia.

A. Protección del domicilio.

Por disposición Constitucional, el derecho a la privacidad es inviolable; así lo establece el artículo 23 de la CPR, además de diversos tratados de

²⁰³ Ver sentencias SALA CONSTITUCIONAL, nº 3724 de las 3:00 hrs del 4 de Agosto de 1993, nº 6511 de las 2:55 hrs del 3 de Julio del 2002 y el nº 1115 de las 11:05 hrs del 4 de Febrero del 2005.

²⁰⁴ Ver sentencias TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL 802 de las 14:50 hrs del 26 de Julio del 2007.

derecho internacional.²⁰⁵ Como los derechos no son de carácter absoluto, excepto el derecho a la vida, existe una excepción, el allanamiento de morada.

El allanamiento se define como:

*“Un acto de coerción real, limitativo de una garantía constitucional, consiste en el ingreso a un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegido por esa garantía”.*²⁰⁶

Para que un allanamiento sea legal y surta todas las consecuencias en cuanto a las pruebas recabadas, en dicha diligencia, se requiere de ciertos requisitos, que se encuentran en el CPP.²⁰⁷ Al respecto, la Sala considera:

a. Es necesaria la permanencia del juez durante el allanamiento.

Cuando se efectúe un allanamiento simultáneo (esto es un allanamiento realizado en varios recintos privados al mismo tiempo), se requiere de la presencia de un juez de garantías en cada lugar por allanar. Muy distinto es cuando se trate de un allanamiento realizado consecutivamente; esto es cuando se realiza por turno, un recinto luego del otro. En este caso, el Juez sólo debe estar presente al momento del allanamiento, esto implica que, por cuestiones de seguridad, la policía administrativa o los agentes del OIJ, pueden estar asegurando los

²⁰⁵ Convención Americana sobre los Derechos del Hombre artículo 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11, Declaración Universal de Derechos Humanos 12.

²⁰⁶ DUARTES, *op.cit.*, p 13-14.

²⁰⁷ Ver Código Procesal Penal. artículo 193,197 y 196 .

diferentes lugares por allanar, sin que necesariamente deba estar el juez presente. Así lo establece la Sala Tercera de la Corte, en sentencia N° 243, de las 9:20 hrs del 19 de marzo del 2004.²⁰⁸

b. El allanamiento no puede ser ordenado de oficio, requiere de la solicitud del Ministerio Público.

Es imprescindible que en el expediente conste la solicitud realizada por el Ministerio Público, para que las partes puedan controlar los motivos e indicios que determinaron la solicitud y contrastarla con la autorización realizada por el juez; éste, para resolver, debe circunscribirse a la motivación del fiscal. La ausencia de dicho documento deviene en ilegitimidad del allanamiento. Aceptar que el Juez de la etapa intermedia pueda ordenar de oficio el allanamiento, significa aceptar la vuelta del juez de instrucción, ya que este está asumiendo funciones de ente acusador como las que le otorgaba el Código de Procedimientos Penales a los Jueces de la República; esto, va contra del principio acusatorio, que inspira al actual CPP, que es el que rige hoy.

En sentencia N° 369 del 2005, la Sala tercera de la Corte anula una sentencia dictada por el Tribunal Penal de Guanacaste, ya que éste admite y valora como legítima la prueba recabada de un allanamiento realizado, sin contar con la solicitud por parte del Ministerio Público y ordenado de oficio por el Juez de la etapa preparatoria; la Sala considera

²⁰⁸ Ver además sentencias, de la SALA TERCERA DE LA CORTE, n°124 de las 9:25 hrs del 4 de febrero del 2000, a la sentencia n° 211 de las 11:15 hrs del 18 de Marzo del 2005.

que tal situación es violatoria del debido proceso, ya que le otorga al juez potestades de ente acusador, por lo que anula el fallo del a- quo.

c. El allanamiento debe efectuarse dentro de las 6:00 a las 18:00 horas, salvo casos de extrema urgencia y necesidad su inobservancia acarrea nulidad del acto.

La ley señala que el allanamiento debe efectuarse entre las 6:00 a las 18:00 horas y sólo puede autorizarse fuera de este horario por motivos de urgencia y necesidad²⁰⁹.

Esta situación de urgencia debe estar expresamente justificada por el juez. No basta con que sean sucesos graves, ya que la mayoría de las causas en que se solicita allanamiento, presentan esta característica. Debe tratarse de asuntos extremadamente graves, cuya no realización inmediata generen consecuencias graves o de difícil reparación sobre las víctimas o los bienes jurídicos tutelados.

En caso de que no existan estos requisitos de urgencia y necesidad, lo procedente es realizar el allanamiento dentro del horario claramente establecido por ley, su inobservancia implica la nulidad del acto y por ende la ilegalidad de la prueba obtenida por este medio.

Así lo señala la Sala Tercera de la Corte en sentencia N° 370 de las 9:25 horas del 6 de mayo del 2005 al indicar que:

"(...)Como ha indicado en repetidas ocasiones esta Sala, el artículo 23 de la Constitución Política garantiza la inviolabilidad del domicilio, con

²⁰⁹ Código Procesal Penal, artículo 193.

las excepciones previstas expresamente por la ley. Los motivos por los cuales se puede autorizar la restricción del derecho a la privacidad del domicilio se encuentran desarrollados en los artículos 193 y siguientes del Código Procesal Penal. De conformidad con estos artículos el allanamiento debe realizarse entre las seis y las dieciocho horas salvo que el morador o su representante consientan que se inicie fuera del horario establecido, o se trate de casos "sumamente **graves o urgentes**". En caso de que existan estas razones de extrema gravedad o urgencia, las mismas deben hacerse constar en la resolución mediante la cual se ordena el allanamiento. En el caso de la adecuada fundamentación de las órdenes de allanamiento nos encontramos ante formas procesales con las cuales se pretende regular de manera racional la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en particular, del derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio. La inviolabilidad del domicilio debe ser la regla, y por esa razón el allanamiento se debe practicar tratando de afectar lo menos posible el derecho a la intimidad personal, lo cual se pretende salvaguardar mediante la limitación en cuanto al horario establecido por el artículo 193 arriba indicado. Si bien el allanamiento es una excepción a una regla general, **todavía lo es más el allanamiento realizado en aquéllas horas en que el derecho a la intimidad y a la privacidad del domicilio es más vulnerable, es decir, entre las dieciocho horas y las seis horas** . El Ministerio Público y la policía deben tener como regla, que no se deben realizar allanamientos dentro de ese horario. Para romper esa regla se requiere de casos que sean o de suma urgencia, o de extrema gravedad. Es decir, no basta con que se trate de sucesos graves, como lo son la mayoría de los casos sometidos a conocimiento de esta Sala, sino que debe tratarse de casos extremadamente graves, o de una urgencia tal que su no realización inmediata y en el horario indicado, generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento, como ya lo ha indicado esta Sala en las resoluciones No. 699 de las 9:40 horas del 23 de junio de 2000, No. 917 de las 10:00 horas del 21 de setiembre de 2001, No. 408 de las 10:20 horas de 03 de mayo de 2002, No. 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003 entre otras."

En este caso en concreto, el defensor público del aquí imputado, casa la sentencia en comentario; alega que el a- quo sustenta su sentencia condenatoria en un allanamiento ilegal. Esto, por cuanto el auto

mediante el cual fue ordenado, carece de fundamentación sobre las razones de urgencia y necesidad que amerita la realización del mismo, después de las dieciocho horas.

La Sala tercera se pronuncia en resguardo de los derechos del acusado, al considerar que se trata de un evidente quebranto a lo que dispone el artículo 23 de la CPR, en cuanto a las restricciones horarias para la realización del allanamiento.

La Sala Tercera, en vasta jurisprudencia, ha señalado que la violación a la restricción horaria establecida en el artículo 23 de la CPR, sin que medien razones fundamentadas, de urgencia y necesidad, lleva a la nulidad del allanamiento y a la ilegalidad de la prueba recabada, en éste.

Por ejemplo, en resolución N° 930 de las 8:50 hrs del 28 de setiembre del 2001, de la Sala Tercera, la defensa presenta recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago, n° 270-01; alega falta de fundamentación de la sentencia, ya que los Jueces sustentaron la condena del acusado en prueba espuria, al ser obtenida en un allanamiento realizado luego de las dieciocho horas, sin que mediara la debida fundamentación del mismo. La Sala Tercera, en acertadísima resolución considera que dicha sentencia recurrida es nula por fundamentarse precisamente en un allanamiento ilegal, pues se efectúa luego de las dieciocho horas, sin que medie la debida fundamentación del juez. La Sala Tercera, ordena se declare la nulidad del allanamiento y con él la nulidad de la prueba recabada, además se absuelve al

acusado, ya que sin dicha prueba no es posible sostener una sentencia condenatoria.²¹⁰

La restricción horaria para practicar el allanamiento, si bien no permite que dicho acto se realice luego de las dieciocho horas, nada impide que se realice antes de dicho horario y se extienda luego de las seis de la tarde, ya que lo se pretende es que el allanamiento inicie antes de las seis de la tarde. Pero, es totalmente válido si se extiende luego por toda la noche e incluso hasta el otro día, así lo señala la Sala Tercera en sentencia 623 de las 15:50 de 2 de Junio del 2008.

d. La resolución, que ordena el allanamiento, debe ser escrita y debidamente fundamentada.

La Sala Tercera mantuvo por mucho tiempo el criterio de que no era necesaria la orden escrita del juez, si éste se encontraba presente en la diligencia.²¹¹ No obstante, a partir de la sentencia nº124, de las 9:25 hrs del 4 de Octubre del 2000, la Sala cambia de criterio; hoy la orden que autoriza el allanamiento debe ser escrita. Señala la Sala al respecto:

"... la participación del juez en la diligencia tiene desde la propia Constitución, según se vio, sus propios requisitos: debe haber orden previa escrita; ésta, como corolario de un acto de poder emanado de un funcionario público, debe estar debidamente motivada y sustentarse en la

²¹⁰ Respecto al tema ver además las sentencias: LA SALA TERCERA DE LA CORTE nº 481 de las 10:00 del 2 de mayo del 2008, nº 1400 de las 10:50 hrs del 3 de diciembre del 2004, nº 699 de las 9:45 hrs del 23 de Junio del 2000, nº 165 de las 9:30 del 11 de Marzo del 2005, nº 1188 de las 9:45 del 21 de octubre del 2005 y nº 39 de las 8:45 hrs del 4 Febrero del 2005, las cuales se refieren a la nulidad que acarrea la inobservancia de la restricción horaria sin que medie la debida fundamentación por parte del juez.

²¹¹ Ver sentencia SALA TERCERA DE LA CORTE nº ,2773 de las 9:30 del 14 diciembre de 1997 y nº 3014-98.

existencia de indicios fundados de estar en presencia de un delito, o frente a la posible lesión a los derechos o a la propiedad de terceras personas, según se establece de la relación de los artículos 23, 9 y 28 párrafo segundo, todos de la Constitución Política."

En el año 2005, la Sala Tercera se pronuncia a cabalidad sobre la necesidad de la orden escrita, considera; que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad, por lo que no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede.

En el caso de allanamiento, la Constitución en el artículo 23 y la ley en el artículo 195 del CPP, exigen que la orden sea escrita, por lo que se desprende que en realidad el funcionario (juez) no es en sí mismo la garantía, sino que la garantía es la sujeción del funcionario a las restricciones y a las exigencias legales. Como se menciona anteriormente, la sola presencia del juez no suplir el requisito de escritura de la orden.

La presencia física de juzgador, no garantiza la existencia de la orden escrita ni puede suplir la debida motivación que esta requiere, así lo señala la Sala:

*"La presencia del juez es exigida por el espíritu mismo de la Constitución y además de forma expresa por la ley, de modo que no le suma ni le resta nada a la exigencia constitucional expresa de orden previa escrita y, en todo caso, aún cuando se acepte la orden "verbal", no exime de la necesidad de exponer los fundamentos de la medida en forma previa al ingreso."*²¹²

En resolución 51-2001, de la Sala Tercera, se impugna que el Tribunal Penal de la Zona Atlántica le da plena validez a un allanamiento realizado en el hotel Cocorí y en la casa de uno de los acusados. Estos se realizan sin

²¹² SALA TERCERA DE LA CORTE, nº211 de las 11:15 hrs del 18 de Marzo del 2005.

que se cuente con la orden escrita del juez; la presencia del juez suple la orden y mediante esta resolución se le imponen doce años de prisión a los aquí acusados.

La sentencia llega a la Sala Tercera con una revisión; esta Sala, de manera muy acertada, considera que dicho actuar del Tribunal de Juicio es totalmente ilegal y violatorio del debido proceso. Esto, ya que el artículo 23 de la CPCR y el artículo 193 y ss del CPP, establecen las reglas mínimas para la procedencia del allanamiento. Entre ellas se encuentran: la necesaria participación del Juez y la necesidad de una orden escrita, donde se fundamente la solicitud; no se permite que la presencia del juez supla la orden escrita, puesto que fallar así resulta lesivo de derechos fundamentales. La Sala procede a anular la sentencia en virtud de la ilicitud del allanamiento, que sirve de base para la sentencia condenatoria.

La Sala Tercera ya, en basta jurisprudencia ha expresado que la sanción procesal ante la inobservancia de las formalidades mínimas para ordenar un allanamiento, es la nulidad del mismo y con éste la nulidad de toda la prueba obtenida por este medio.²¹³

Cabe considerar que lo fallado por la Sala resulta muy atinado, al reivindicar un derecho otorgado por la Constitución y la ley que fue por mucho tiempo atropellado por los Jueces de Juicio y avalado la Sala Tercera, antes del año 2005.

²¹³ Ver sentencias: SALA TERCERA DE LA CORTE, n°674 de las 10:10 del 19 de Julio del 2006, n° 837 de las 9:35 del 17 de agosto del 2007, n° 623 de las 15:50 del 2 de junio del 2008, n° 965 de las 9:50 del 13 de agosto del 2000 y la n° 849 de las 10:35 del 17 de agosto del 2007.

e. No es necesaria la presencia del defensor durante el allanamiento.

La Sala Tercera se inclina en indicar que no es necesaria la presencia del Defensor Público durante el allanamiento, ya que el juez es el garante del respeto a los derechos de las personas, afectadas por la medida, que incluso puede no tener nunca la condición de acusador, luego del allanamiento.²¹⁴

Así lo señala la Sala Tercera en sentencia 468 de 9:20 hrs. de 23 de abril de 1999:

“En lo relativo a la naturaleza y la ejecución del allanamiento, esta Sala ha hecho ver que quien funge como garante de la legitimidad del acto no es otra persona que el Juez: «El juez es garante de que existen indicios suficientes de estar en presencia de un delito; de que las razones por las cuales se pretende el ingreso a un domicilio, habitación o recinto privado, son atendibles al extremo de autorizarlo. En suma, es garante del respeto a los derechos de las personas afectadas por la medida, que incluso, dependiendo de su resultado, quizás nunca alcancen la condición de imputados, todo ello sin perjuicio del eventual cuestionamiento que pueda realizarse de la diligencia practicada, dentro del proceso. Lo dicho no impide que el juez pueda nombrar a un defensor público para que asista a la diligencia, como también está previsto para los anticipos jurisdiccionales de prueba que deban practicarse en forma urgente, sin que ello signifique que sea necesario o indispensable hacerlo, porque la participación del juez es suficiente» (voto 468-99 de 9:20 hrs. de 23 de abril de 1999)”.

Cabe señalar que la jurisprudencia no es unánime en cuanto al tema; por ejemplo, existe recientemente una jurisprudencia de Sala

²¹⁴ Véase además las sentencias: SALA TERCERA, nº 1453 de las del 1999, nº 1114 de las del de 1999, y la nº 1331 de las del de 2004.

Constitucional, en la cual se discute la necesidad o no de la presencia del defensor en la diligencia del allanamiento. En esta resolución, por voto de mayoría, se continúa con la línea de jurisprudencias vigentes, hasta el momento (no es un requisito para la validez de allanamiento la presencia del defensor); al respecto el Magistrado Armijo salva su voto.

En resolución n° 280 de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007, de la Sala Constitucional, el Magistrado Armijo considera que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2 inciso d, e y f así como la CPR de Costa Rica, en sus artículos 39 y 41, reconocen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. Este derecho o garantía fundamental, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 13 del CPP, se disfruta desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Se debe entender por cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él. De ahí que no exista ninguna razón que justifique el hecho que se haya practicado el allanamiento aludido sin la participación del defensor; éste, lógicamente se coloca en indefensión a causa de la situación impugnada en este proceso jurisdiccional.

La presencia del Juez de garantías, no sustituye el derecho irrenunciable del imputado, de contar con su defensor.²¹⁵

En mi opinión el Magistrado Armijo lleva razón en considerar la necesaria participación del defensor en el allanamiento, ya que el

²¹⁵ SALA CONSTITUCIONAL, 280 de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007, ver al respecto voto salvado.

derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho protegido a nivel constitucional. Ante el quebranto de éste, en virtud de un allanamiento, lo menos que puede otorgársele al acusado es contar con la presencia de un defensor. También atañe al derecho de defensa, también derecho fundamental, ya que al Juez no le interesa plantear una estrategia de defensa desde el mismo momento en que se realiza el allanamiento.

B. *Protección de comunicaciones y papeles privados:*

La CPR de Costa Rica protege celosamente el derecho a la intimidad y la libertad de las personas, al garantizar el secreto de las comunicaciones; este derecho se encuentra regulado en el artículo 24 CPR de Costa Rica. Existe una excepción a este derecho, son los casos que regula la ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, ley N° 7425, los cuales son: el secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos, homicidio calificado, genocidio, terrorismo y los previstos en la ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas; en estos casos, se autoriza la intervención telefónica y el registro y secuestro de documentos en cuando sea absolutamente indispensables para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Los mismos principios expresados para la garantía del domicilio (allanamiento), rigen para el secuestro y registro de las comunicaciones y los papeles privados.

a. Es indispensable la presencia del juez a la hora de realizar el secuestro de documentos y de intervenir las comunicaciones.

En sentencia 247- F de las 9:25 hrs del 1 de Julio de 1994, la Sala Tercera permite que la intervención de las comunicaciones, así como el secuestro de documentos privados, pueda ser delegado en miembros de la Policía Judicial.

Véase al respecto:

"Las diligencias de registro y requisa y de secuestro deben ser ordenadas por el juez de instrucción mediante auto debidamente fundado (art. 209 CPP). Estas actuaciones las puede realizar directamente el juez o en su caso, delegar en la policía administrativa o judicial, debiendo entonces expedir la orden por escrito de conformidad con el párrafo final del anterior artículo. En lo que respecta al secuestro, también se puede delegar, exigiéndose el supuesto de urgencia y desde luego la obligación de hacerlo mediante una orden por escrito (art. 209 párrafo final CPP). Debe entenderse que por diversas razones el juez no puede participar en todas estas actuaciones y por ello en muchos casos se hace la delegación en la policía judicial, la cual está facultada legalmente para asumir el encargo. Estas normas no hablan de que el acto de delegación debe estar fundamentado, pero debe entenderse que ésta debe darse como garantía de tutela. En lo que atañe a la urgencia, será el juez el que aprecie de manera discrecional las circunstancias fácticas, tanto de lugar como de tiempo, dado que la ley no da los parámetros para medir este supuesto". ²¹⁶

No es hasta el año 2002 en sentencia 183 de las 9:40 hrs del 28 de Febrero del 2002, cuando la Sala cambia de criterio; ahora se delega esta labor exclusivamente al Juez.

²¹⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 247 de las 9:28 hrs del 1 de Julio de 1994.

*"Ahora bien, es necesario hacer una diferencia. Durante la fase de investigación policial, o bien, habiéndose instaurado ya un proceso, en el cual surge la necesidad de intervenir las comunicaciones tratándose de los delitos taxativamente señalados por el legislador- el juez, como único sujeto constitucional y legalmente facultado para disponer la medida, es también el legitimado por excelencia para la escucha de las conversaciones registradas. Es evidente que existiendo una investigación en curso, el juez debe escuchar las grabaciones y seleccionar de ellas los datos de utilidad para la encuesta misma .De eso se deriva que el juez "resuma" o transcriba literalmente las partes de lo escuchado que resultan a su juicio de utilidad **para orientar la investigación** y ordenar se realicen las diligencias que estime pertinentes y es obvio que esa transcripción sólo él puede hacerla y su necesidad es evidente pues, de otra forma, no podría avanzar la investigación".*

La Sala lleva la razón en este tema, ya que debe existir una especial protección por parte del Juez, para con los derechos de los acusados, cuando se ven inmersos con una situación como la intervención de las comunicaciones o el secuestro de los documentos privados; se vulnera con ellos derechos fundamentales otorgados por la carta magna en el artículo 24.²¹⁷

b. Al ordenar el secuestro, registro y examen de documentos así como la intervención de la comunicación es requisito para su validez que se cuente con una orden escrita, solicitada por la parte interesada y debidamente fundamentada.

La resolución que ordena la intervención de la comunicación o el secuestro de documentos privados, no puede ser ordenada de oficio por el Juez, aunque en un inicio la ley n° 7425 permite que el órgano jurisdiccional la decretase de oficio. Es preciso aclarar que la ley, antes

²¹⁷ Ver además sentencias: SALA TERCERA DE LA CORTE, 420 de las 10:27 del 30 de Abril del 2008, n° 384-F de las 9:20 hrs del 30 de setiembre de 1994 y la n° 244 de las 9:10 del 30 de Marzo de 1998.

mencionada, se emite en 1994 cuando estaba en vigencia el Código de Procedimientos Penales, de corte mixto, donde el juez tuvo facultades de instructor del proceso.²¹⁸ Estoy, hoy es contrario al nuevo CPP, de corte acusatorio, ya que en el sistema acusatorio debe existir siempre instancia de parte interesada.²¹⁹

La orden que autoriza la intervención y el secuestro de los documentos privados, debe constar por escrito, ya que la sola presencia del Juez no supe el requisito de escritura de la orden; ante la inobservancia de esta disposición, la sanción procesal es la nulidad del acto.

En resolución n° 70, de las 8:45 del 11 de febrero de 2005, la Sala Tercera anula la sentencia 914-2004, dictada por el Tribunal Penal de San José, donde se condena a los acusados a doce años de prisión, por el delito de transporte internacional de droga. Se fundamenta en una serie de intervenciones telefónicas hechas por la Real Policía Montada de Canadá y el allanamiento de la embarcación denominada: "Sin Rumbo", así como el secuestro de droga. Esta diligencia se realiza sin que exista documento en el que conste la orden emitida por la autoridad competente, en Canadá, para intervenir las comunicaciones.

Al respecto la Sala Tercera, acertadamente, anula la sentencia, al considerar que tal faltante atenta contra el derecho fundamental a la intimidad de los acusados, protegidos en el artículo 24 de la CPR.

²¹⁸ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia n° 247 de las 9:25 1 de Julio de mil 1994.

²¹⁹ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia n° 369 – 2005.

Señala la Sala:

"La naturaleza excepcional de diligencias tendientes a restringir derechos fundamentales dentro del proceso penal, hace que su aplicación no sólo deba respetar parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, sino que además, obliga a contar con un control jurisdiccional que se refleje –de manera inexorable - en una resolución que exponga en forma diáfana los motivos por los que resulta necesario transgredir determinados derechos constitucionales. Dichos requisitos deben cumplirse en diligencias como intervención de las comunicaciones y allanamiento, que si bien es cierto en esta última se permite en casos muy excepcionales prescindir de una orden de juez, la utilización de ambas encuentra un límite intrínseco en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El respeto a esas condiciones que se exigen constitucionalmente, constituye un freno al ejercicio del poder estatal y -de manera correlativa- una garantía para el imputado en el sentido de que su esfera de intimidad, su domicilio y demás derechos fundamentales, no serán vulnerados mediante actuaciones ilegítimas producidas en el ejercicio del poder abusivo, sino, dentro de un marco de constitucionalidad reflejado en cada una de las actuaciones que tendrán como fin el desarrollo del proceso penal en un Estado de Derecho". ²²⁰

Debe hacerse la salvedad, aunque resulte obvia, que sólo se requiere la orden emanada por autoridad competente y debidamente fundamentada, en los casos en que se intervengan las comunicaciones. Entendido esto, como el acto por el cual el órgano jurisdiccional se apropia del contenido de la comunicación, quedan excluidas, de estos requisitos, los casos en los que se recabe únicamente información sobre la comunicación telefónica, como: la dirección del abonado, números de las llamadas entrantes y salientes y su duración. Pueden ser recabadas, incluso por la policía, sin necesidad de orden alguna, al ser actos eminentemente

²²⁰ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia nº 70 de las 8:45 del 11 de febrero de 2005

de investigación propios de la policía.²²¹

Todas las resoluciones que emanen de autoridad jurisdiccional deben estar debidamente fundamentadas bajo pena de considerarlas ineficaces.²²² La resolución que ordene el secuestro de documentos o la intervención de la comunicación, no escapa de esta prerrogativa; es más, la jurisprudencia de Sala Tercera, así lo hace ver en diferentes votos al respecto.

En sentencia 659 de las 9:58 hrs del 13 de Junio del 2008, la Sala confirma la sentencia 211-2005, donde el Tribunal de Juicio de Alajuela absuelve al acusado, en virtud de considerar ilegítima y nula la intervención de la comunicación que realiza el Juzgado Penal de Alajuela, en la presente causa, ya que éste no autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas, sino que se limita a avalar integralmente la solicitud planteada por el Ministerio Público. Ello, sin establecer el sustento probatorio que se requiere, en este caso, en cuanto a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida acordada.

Por lo anterior se deduce que es requisito indispensable de validez, que la resolución que ordena el secuestro de documentos o la intervención de la comunicación, sea debidamente fundamentada.

Existe concordancia a nivel de Sala Tercera en que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del proceso penal, no es un valor en sí mismo, sino que tiene límites que hay que respetar y que estos

²²¹ Ver sentencias SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 723 de las 9:05 hrs del 1 de Julio del 2005, Nº 30 de las 9:25 hrs del 1 de Agosto del 2008.

²²² Ver Código Procesal Penal, artículo 142.

responden al ejercicio de la libertad personal y los derechos fundamentales. El principio de verdad material, encuentra un límite en la necesidad de la ilicitud del medio empleado, para la búsqueda de la verdad.

Como se ha analizado, a lo largo de la presente sección, los jueces de Juicio en Costa Rica, vulneran los derechos fundamentales, tales como el derecho de abstención y el derecho a la intimidad de los acusados, en aras de buscar la verdad real de los hechos. No es sino la Sala Tercera la que viene a dar un aliciente en cuanto a esto, a través del recurso de casación y la acción de revisión que enderece los entuertos realizados por los Jueces de juicio y de trámite violatorio de los derechos fundamentales de los acusados. Con esta sección se da por demostrada la hipótesis de la presente investigación, la cual es: *"El proceso penal con el fin de demostrar la mítica verdad material, irrespeto los derechos fundamentales que le asisten a las personas acusadas en un proceso"*.

Sección II. Resabios del sistema inquisitivo, en el proceso penal costarricense, violatorios del principio de imparcialidad del Juez, en aras de la búsqueda de la verdad.

La figura del Juez ha sufrido algunas transformaciones a lo largo de la historia, que responden precisamente a los diferentes sistemas penales imperantes en cada época.

EL Código de Procedimientos Penales le dio al Juez un papel protagónico; este tuvo a su cargo la instrucción de la investigación; tuvo la facultad de iniciar la investigación, incluso de oficio. Su labor fue

totalmente parcializada, fue el encargado de recolectar la prueba que sería la base de la investigación y posteriormente serviría de base para fundamentar la sentencia.

Con la entrada en vigencia del CPP de 1996 de corte acusatorio, la figura del Juez cambia sustancialmente.

En el sistema acusatorio, el Juez tiene una participación pasiva en el proceso, aquí las partes son las instructoras del litigio y el Juez es tan solo un árbitro garante dentro de éste.

El CPP brinda una serie de limitaciones a la función del juez, en protección al principio de imparcialidad.

"La garantía de imparcialidad del juzgador es un pilar esencial del proceso, porque es parte del principio del juez natural, base indispensable para el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva, al debido proceso y, fundamentalmente, para la garantía del derecho de defensa - numerales 39, 41 y 166 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".²²³

No obstante aun desdichadamente existe una serie de licencias que permiten al juzgador intervenir directamente un juicio, haciendo pequeños aportes a la investigación. Estos, en la práctica, no resultan tan pequeños; esta situación es totalmente contraria al principio acusatorio que rige el CPP. Dichas normas deben, a mi juicio, ser derogadas por

²²³ Ver sentencias SALA CONSTITUCIONAL, nº1336-99 de las 9:40 horas del 22 y 1366-99 de las 10:35 horas del 29, ambas fechas del mes de octubre de 1999, números 340-00 y 342-00, de las 10:10 y 10:20 horas del 31 de marzo de 2000; número 934-03, de las 9:30 horas del 24 de octubre de 2003, número 489-04, de las 11:12 horas del 14 de mayo y número 945-04, de las 16:40 horas del 6 de agosto, ambas de 2004, y número 256-05 de las 8:45 horas del 8 de abril último y que cita el impugnante, todas de esta Sala y, entre otras, número 7531-97 de las 15:45 horas del 12 de octubre de 1997 y número 4727-98 de las 9:27 horas del 3 de julio de 1998.

inconstitucionales, ya que violentan el principio de imparcialidad del Juez, tutelado por nuestra Carta Magna²²⁴.

Para la presente investigación se consideran como resabios del sistema inquisitivo los siguientes: la posibilidad que tienen los Jueces de reabrir el debate luego de que este finalice e incorporar nuevas pruebas de oficio. Esta situación que se encuentra regulada en el artículo 362 del CPP, así como la posibilidad que tienen los Jueces de Tribunal de Juicio de interrogar a los testigos en debate. Esta norma está contenida en el artículo 352 del CPP, lo mismo que la figura de la prueba, para mejor resolver, tráda de oficio por el Tribunal de Juicio, artículo 355 del CPP.

A todas luces, estas normas resultan violatorias de derechos fundamentales, que tienen las partes dentro del proceso, específicamente el acusado, por violentar el derecho a contar con un juez natural y con él uno imparcial; esta situación no se cumple cuando un Juez trae prueba a debate de manera oficiosa. Por lo anterior, dicho Juzgador pierde totalmente su objetividad e imparcialidad, ya que se identifica con algunas de las partes procesales. Esto implica parcialización.

A continuación se realiza un análisis de la jurisprudencia más relevante de la Sala Tercera en cuanto al tema de los poderes probativos del juez, inspirados en las normas 355, 367 y 352 todas del CPP.

En estas normas citadas supra, el Juez cumple un papel preponderante en la búsqueda de la verdad real y, con ello, se vulnera el

²²⁴ Ver Constitución Política, artículos 35 y 42.

derecho fundamental del acusado de contar con un Juez imparcial y objetivo, como se explica más adelante.

1. Prueba de oficio.

Son varias las disposiciones del CPP, que permiten al Juez ordenar prueba de oficio para suplir la inercia de las partes.²²⁵ Para efectos de la presente investigación, sólo se toma en consideración el artículo 355 y 362 de CPP, tal cual es la prueba, para mejor resolver, solicitada de oficio por el juzgador, ya sea en la etapa de debate como luego de la clausura del mismo, mediante la figura de la reapertura.

El artículo 355 CPP, reza así:

“Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento”.

El artículo 355 del CPP es interpretado por la Sala Tercera en varias resoluciones; entre las más importantes, que se pueden citar, están: 572 de las 9:35 hrs del 2 de Junio del 2000, n° 957 de las 9:45 hrs del 19 de Agosto del 2005, n° 727 de las 9:25 hrs del 1 de Julio del 2003 y la 394 de las 9:55 hrs del 5 de Mayo del 2006. En su gran mayoría, la Sala considera que la prueba traída al debate de oficio, por el Tribunal, para mejor resolver, no es violatorio del principio acusatorio y, por ende, de la imparcialidad y objetividad del juzgador.

²²⁵ Ver Código Procesal Penal, artículos 355,362, 242,320.

En sentencia n° 572 de las 9:35 hrs del 2 de Junio del 2000 de la Sala Tercera, alega, el defensor, violación al principio de imparcialidad del Juez, ya que el Tribunal, de manera oficiosa, trae a debate, como prueba para mejor resolver, la declaración de la ofendida, que no fue ofrecida por las partes durante la investigación. En este caso la Sala indica que la participación de la ofendida en juicio, aunque ni Ministerio Público ni la defensa la ofrecieran como testigo y fuera traída de manera oficiosa por el Juez, no constituye un quebranto al principio de imparcialidad, ya que el artículo 355 CPP debe analizarse de manera conjunta, en función con el resto de la normativa. Sin obviar la naturaleza acusatoria de nuestro sistema, el principio de verdad real y el principio constitucional del derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, se considera que la víctima, al ser una parte integral del proceso, tiene ciertos derechos que no pueden ser cercenados, tales como el derecho a ser oída en debate. Ante la negligencia del Ministerio Público de ofrecer la declaración de la ofendida, no puede negársele el derecho a esta a ser oída.

Al respecto la Sala Tercera considera:

*"Como se aprecia, el sistema se preocupa por hacer realidad el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de la víctima, consagrado en el numeral 41 de la Constitución Política, en cuyo caso no podría negársele el derecho a declarar en el juicio en el que se ventila la responsabilidad penal por el hecho cometido **en su perjuicio**, con el argumento de que su declaración no fue ofrecida para el debate por quien debía hacerlo, en el momento oportuno. Una lectura aislada del numeral 355 del Código Procesal Penal nos daría como conclusión que no es posible su recepción en debate, si no hay "nuevos hechos o nuevas circunstancias" que ameriten su esclarecimiento. Pero si se hace una referencia integral, no sólo del ordenamiento procesal, sino de la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, es evidente que la prueba es*

admisible para poder dar real vigencia al derecho de ser oído en juicio, derecho que por cierto no pertenece sólo al acusado, sino a todo ciudadano frente a cualquier clase de conflicto en que se halle involucrado o tenga interés y ello se refleja de manera especial en la materia penal –numerales 41 de la Constitución Política ; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

En este caso, lleva razón la Sala en cuanto a considerar que si la víctima quiere declarar en debate, debe dársele la posibilidad, ya que es su derecho, como perjudicada, hacerse escuchar. Lo que no comparto con la Sala es el hecho que el Tribunal de oficio decida llamar a la ofendida a declarar. Éste, según nuestro sistema acusatorio, tiene un papel pasivo dentro de la investigación; éste no le permite asumir la instrucción de la causa, como sí podía el juez de instrucción. Considero que el Tribunal se extralimita en sus funciones jurisdiccionales, al asumir funciones de investigación propias del Ministerio Público, al llamar de oficio a la ofendida para declarar.

En sentencia 957 de las 9:45 hrs, del 19 de Agosto del 2005, de la Sala Tercera de la Corte, se discute si se quebranta el debido proceso, cuando el Tribunal rechaza la práctica de pruebas que resultaban esenciales, para decidir el caso en estudio.

Indica la Sala:

“Así, a pesar de que el artículo 355 en estudio destaca el carácter excepcional de este tipo de actuaciones, esa excepcionalidad ha de entenderse, en primer término, dentro de los principios generales que tienden a acentuar la naturaleza acusatoria y adversarial del proceso, restringiendo al máximo las posibilidades de que el juez se convierta en

parte coadyuvante del acusador o en un instructor; en segundo lugar, la excepcionalidad se refiere a que el hecho o la circunstancia nuevos deben ser de esencial importancia para decidir ("que requieran su esclarecimiento"), pues si no lo son, no se justifica retardar el proceso con la discusión de aspectos irrelevantes. En tercer lugar, la prueba que se ordene debe ser idónea para constatar o desvirtuar el dato, lo que significa que la práctica de probanzas inconducentes sería ilegítima y demandaría excluirlas del análisis y, por último, el hecho o la circunstancia deben ser efectivamente novedosos, pues si ya eran conocidos con anterioridad a través de las investigaciones realizadas, nada impedía, en particular al Ministerio Público o al querellante, promover la práctica de pruebas para acreditarlos. Todo lo anterior se relaciona, entonces, con las revelaciones que surgen inesperadamente en el curso del debate. Sin embargo, cuando se trata de probanzas nuevas (no simples hechos o circunstancias), pero que no fueron ofrecidas oportunamente porque se desconocía su existencia, la solución no puede hallarse en lo dispuesto en el artículo 355 –que se refiere a supuestos muy específicos, según se expuso–, sino en los principios fundamentales del proceso, que se dirigen a asegurar la averiguación de la verdad real, el acceso a la Justicia y a evitar que se castigue a un inocente".

En este voto, la Sala Tercera hace una enumeración de los requisitos necesarios para considerar determinada prueba para mejor resolver; tales requisitos son:

- La prueba debe ser excepcional; esto con la finalidad de restringir al máximo las posibilidades de que el juez se convierta en parte coadyuvante del acusador.
- El hecho o circunstancia debe ser novedoso, esto es que refiera a circunstancias que no se conocían con anterioridad.
- La prueba debe ser idónea para constatar o desvirtuar el dato sujeto a prueba; queda excluida toda la prueba superabundante o que afirme o niegue un hecho que no está en discusión.

En esta resolución se considera que no pueden ser incorporadas al debate, como prueba para mejor resolver aquellas situaciones conocidas por las partes y que no fueron ofrecidas oportunamente. La prueba para mejor resolver, nace según criterio de la Sala como una forma de incorporar aquellas pruebas que surgen en el transcurso de debate y que por esa situación no se ofrecieron antes, pero nunca para suplantar la inercia de las partes durante la investigación.²²⁶ Esta premisa es también sustentada en sentencia 1120 de las 9:00 hrs, del 29 de septiembre del 2000.²²⁷

A mi parecer el Tribunal de Juicio debe aceptar cualquier prueba que las partes ofrezcan, para mejor resolver, no sólo las que resulten de hechos nuevos sucintados en debate, ya que no se violenta ningún derecho fundamental con dicha situación, siempre que se le dé la debida audiencia a la parte contraria, para que se pronuncie sobre su admisibilidad. Al ser el conflicto, propiamente de las partes, el Juez no debe oponerse a las consideraciones de estos. Lo que resulta totalmente improcedente es que el Juez solicite la prueba de oficio, ya que su deber es de garante de las partes nunca de instructor de la causa. En buena teoría y siguiendo los lineamientos del principio acusatorio y con él la garantía de imparcialidad y objetividad, a éste no le corresponde traer prueba a debate.

En sentencia 394 de las 9:55 hrs del 5 de Mayo del 2006, de la Sala Tercera, se impugna la suplantación del juez de Juicio en funciones del

²²⁶ Ver además sentencias SALA TERCERA nº 685 de las 15:00 hrs del 12 de Agosto del 2003, nº 108 de las 11:20 hrs del 12 Febrero del 2004.

²²⁷ Si se desea ampliar jurisprudencia véase las sentencias: SALA TERCERA, nº 1237 de las 9:00 del 29 de Octubre del 2004.

Ministerio Público, al realizar actos de investigación, luego de la clausura del debate, ya que éste decide traer pruebas para mejor resolver.

En el caso en concreto, la denuncia hecha por la madre de la ofendida, hace alusión a dos supuestos testigos, que el Ministerio Público nunca llama a declarar. El debate se concluye, los Jueces se retiran a deliberar y cuando se constituyen para dictar el por tanto de la sentencia, deciden reabrir el debate para hacer traer a dichos testigos a declarar.

La Sala considera que tal acto resulta improcedente por parte de los Jueces del Tribunal, ya que se excedieron en sus potestades jurisdiccionales, al admitir de oficio prueba que las partes no proponen. Además, no es novedosa, ya que el Ministerio Público, que tiene en su poder la investigación y con él la potestad de traer al debate, la prueba que considere oportuna para desvirtuar el estado de inocencia del acusado, no le interesó tales testimonios; por ello resulta improcedente, por parte del juzgador, tomar el rol de acusador, al traer de manera oficiosa prueba contra el acusado.

En este punto, comparto el criterio de la Sala, ya que efectivamente es el Ministerio Público el encargado de traer la prueba que considere oportuna a debate, no así al Juez, como lo indiqué con anterioridad; éste no puede asumir funciones de investigador, porque son contrarias el principio de imparcialidad, al extralimitarse en sus funciones.

Se debe indicar que la línea Jurisprudencial que sigue la Sala Tercera, es considerar que la prueba traída de oficio, ya sea durante el debate o mediante la reapertura del mismo, no es violatoria del principio de imparcialidad del Juez; esta es una potestad que otorga el Código

Procesal Penal.²²⁸ El cambio Jurisprudencia se da a través de dos votos salvados en diferentes sentencias; los Magistrados Rosario Fernández y Jorge Arce, consideran que tal actuar violenta seriamente el principio acusatorio, la imparcialidad del Juez e incluso el derecho de defensa.²²⁹

Según las bases del sistema acusatorio, el Juez no puede interesarse en obtener prueba ni a favor ni en contra de ninguna de las partes; en el momento que lo haga, pierde objetividad, se parcializa y ya no está autorizado para resolver el problema sometido a su conocimiento.²³⁰

2. Interrogatorio por parte de los jueces al testigo.

El CPP del 1996 autoriza a los juzgadores para preguntar a los testigos luego de que las partes procedan con su interrogatorio.

Señala el artículo 352 CPP.

"Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interroge de último.

El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación.

²²⁸ Ver Código Procesal Penal, artículo 355,352 y 362.

²²⁹ Ver sentencias SALA TERCERA 280 de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007 y 1275 de las 10:25 hrs del 15 de Diciembre del 2006.

²³⁰ SALAZAR, op.cit., p 142.

Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento".

Esta norma constituye un resabio del sistema inquisitivo; el juez tiene ciertos poderes de instrucción al poder preguntar a los testigos.

Si bien no estoy conforme con la posibilidad que tienen los jueces de interrogar a los testigos, ya que considero que esto violenta el principio de imparcialidad, debo indicar que aplicando los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad es posible admitir que los jueces pregunten cuando les haya quedado duda, sobre alguna situación indicada por el testigo y necesiten una breve aclaración. Pero, esto nunca puede significar una intromisión en las funciones de las partes, ni permitirse que el Tribunal le haga el trabajo al Ministerio Público, ya que un interrogatorio cargado de preguntas y detalles por parte del Tribunal de Juicio, va en evidente detrimento del derecho de imparcialidad, objetividad y de defensa, al tenerse no sólo un fiscal preguntando al testigo, sino cuatro.

La Sala Tercera tiene diferentes criterios, respecto del tema que responden a las diferentes integraciones de la misma: por un lado avala a todas luces los interrogatorios excesivos de parte del Tribunal y en otra

jurisprudencia señala que los Jueces no pueden realizar actos de investigación. En aplicación a las reglas de la oralidad y contradictorio, son las partes las que deben interrogar a los testigos.

En cuanto a la primera consideración, se tiene como ejemplo el siguiente extracto de una sentencia del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, resolución 171-06, en la cual se señala:

"De la escucha del cassette # 4 en que consta la declaración del testigo Sandí, efectivamente se obtiene que el Tribunal procede a realizar una serie de preguntas al testigo: "JUEZA: Usted dice, ella me contó que cuando estaba sirviendo el café él la abrazó por detrás. Luego dice usted que no hubiera podido creer eso de ese señor si ella no se lo cuenta. ¿Qué tenía de malo abrazarla por detrás si ella no le estaba refiriendo ningún detalle? Yo puedo llegar y abrazar por detrás al compañero sin que esté haciendo nada malo. ¿Qué tenía de particular para que usted dijera "la abrazó por detrás. No puedo creer que haya hecho eso!?" Qué era la razón...? SANDI: ella me hizo así... ella me agarró a mí... JUEZA: ¿qué le hizo? Dígame cómo la agarró. Póngase de pie. SANDI: ella me agarró... por detrás... (no se escucha bien) JUEZA: ¿a la altura de qué? SANDI: (no se escucha bien la respuesta) JUEZA: Por eso, pero si la está abrazando así... si ud. está tocando a una mujer por detrás, ¿a la altura de qué la está tocando? SANDI: (no se entiende la respuesta) JUEZA: ¿Eso es lo que usted entendió? SANDI: si (no se entiende el resto de la respuesta) JUEZA: ¿Cuántas veces le hizo eso? Si recuerda usted... SANDI: diay no, no sé cuantas veces, pero si la abrazó. JUEZA: ¿En el momento en que ella estaba tomando café, dijo usted? SANDI: ella estaba para servir el café. JUEZA: ¿le dijo si sintió algo del cuerpo del señor en su cuerpo? ¿Si lo sintió que estaba en erección, si lo sintió que estaba normal? SANDI: ella... JUEZA: ¿qué comentarios... para usted en ese momento dijera "no puedo creer si usted no me lo dice"? SANDI: es que aún así no es una actitud normal, o sea, normal en el sentido que yo lo conocía a él, llegar por confianza, agarrar a alguien por detrás... entiende...no...y entonces, o sea, yo le digo, si usted me lo dice... JUEZA: ¿cómo se sentía ella en ese momento? Lloró, lo dijo normal, o no le dio importancia, o apenas se fue el señor se lo relató o pasó mucho tiempo, cómo fue eso? SANDI: no, no, cuando don Hugo salió, ella me lo comentó, me lo dijo así, en un tono más

o menos, no sé... o sea, no estaba totalmente alterada, no estaba muy asustada, no estaba así ..., lo que estaba era tal vez impresionada o algo así JUEZA: sorprendida? SANDI: sí. JUEZA: ¿le explicó ella cómo se lo quitó a él de encima? ¿Cómo pudo quitárselo? SANDI: sí, ella me dijo que él sintió que... (no se logra escuchar bien la grabación) que ella se impresionó... JUEZA: cuando ella le refiere eso a usted, que él la toma por sus brazos, le comentó si bajó las manos, si las dejó ahí, si la acarició hacia abajo? No recuerda o no le comentó? SANDI: (no se escucha la respuesta). JUEZA: ¿ese incidente lo volvieron a comentar en alguna oportunidad o sólo esa vez? SANDI: (no se escucha la respuesta). JUEZA: cuando ella sabía... usted dice que ella sabía que la iban a despedir antes de que llegara la nota que le trajeron, ¿en algún momento ella hizo referencia a esa situación, si recuerda? SANDI: es que estaba (no se escucha lo que sigue) se sabía que ella tenía sus deudas y todo y que ella no podía seguir trabajando... (en adelante solo se escuchan algunas palabras sueltas) JUEZA: usted dice que había una cuenta que ella tenía con la empresa por un piso, ¿usted recuerda el monto de esa cuenta? SANDI: eran como 120, por ahí. JUEZA: ¿hacía cuanto se lo había llevado? SANDI: (no se escucha la respuesta). JUEZA: usted dijo en determinado momento que desde que doña Olga entró se dieron problemas y que las diferencias siguieron iguales después de ese incidente y dijo también que ya ella no quería estar con esas diferencias, que cuando uno tiene un maltrato con un superior, ¿qué quiere decir con maltrato? SANDI: (no se entiende la respuesta) JUEZA: por eso, pero ¿qué quiere decir con maltrato? SANDI: a lo que me refiero es que ya usted no tiene un buen trato con el superior.... Tiene un maltrato. JUEZA: usted dice también que para usted era normal ver a don Hugo saludándola a ella de beso en la mejilla. ¿El la saludaba así en La Uruca? Si recuerda si la saludaba igual que en Piedades o en Piedades cambió de saludo. SANDI: digamos en Piedades, en La Uruca era de todos los días de vernos, el llegaba siempre, como el llegaba siempre en las tardes, entraba por lo general "buenos días" y se sentaba. Cuando él llegaba allá era diferente, ya no nos veía así, todos los días... JUEZA: esa diferencia de no verse todos días cambió el tipo de saludo, a usted le parece, con respecto a ella, o no? SANDI: sí, o sea...cambió el tipo de saludo JUEZA: le cambió el tipo de saludo en Piedades... ¿cómo la saludaba entonces antes, que se veían todos los días? SANDI: él llegaba y la saludaba "buenos días, buenos días" y llegaba normal... (no se escucha) JUEZA: y cuando está en Piedades ya le da un beso en la mejilla SANDI: (no se escucha). JUEZA: ¿con usted cambió el tipo de saludo o no? SANDI: no, igual, cuando el llegaba yo entraba ya

estaba en la bodega, cuando él me veía, "¿Cómo está Carlos?", cuando llegaba allá nosotros estábamos en la oficina, llegaba me daba la mano JUEZA: eso es lo que yo le preguntaba a usted o alguna de las partes le preguntó cuando usted notó un trato, una diferencia en el trato con ella cuando estaba en Piedades, que si la saludaba igual SANDI: (no se escucha respuesta). JUEZA: es todo don Carlos".²³¹

En este caso, el defensor interpone recurso de casación, impugnando la sentencia 171-069 emitida por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José; se alega violación al principio de imparcialidad, ya que considera que el Tribunal pierde el norte asumiendo una posición inquisitiva y autoritaria, contraria al sistema procesal que nos rige, el acusatorio.

Resulta totalmente evidente que tal interrogatorio es propio de un Juez de instrucción, con la firme labor de instruir la investigación.

Véase como el testigo interrogado no da detalles mayores del caso, es la Jueza la que trata a toda costa de ponerle palabras en su boca que este no refiere de manera espontánea, por ejemplo:

SANDI: ella me agarró... por detrás... (no se escucha bien) JUEZA: ¿a la altura de qué? SANDI: (no se escucha bien la respuesta) JUEZA: Por eso, pero si la está abrazando así... si ud. está tocando a una mujer por detrás, ¿a la altura de qué la está tocando? SANDI: (no se entiende la respuesta)

JUEZA: ¿le dijo si sintió algo del cuerpo del señor en su cuerpo? ¿Si lo sintió que estaba en erección, si lo sintió que estaba normal? SANDI: ella..."

²³¹ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia N° 245 de las 11:45 hrs del 14 de Marzo del 2007.

Véase como la Jueza está preocupadísima por determinar si existe un fin libidinoso en el abrazo que le da el acusado, ya que la declaración de la víctima y el testigo fue muy escueta; la Jueza le pregunta al testigo si él ve al acusado tocando los senos a la víctima e incluso le pregunta: ¿Sabe si la víctima sintió que estaba en erección el acusado;

Tal interrogatorio es totalmente improcedente a la luz del principio acusatorio; véase que el CPP es muy claro al indicar que el testigo debe deponer libremente lo que recuerde de los hechos, aunque se permite que el Tribunal interrogue esto, debe hacerse bajo parámetros de razonabilidad y en respeto del principio acusatorio y de imparcialidad, no debe permitírsele tomar atribuciones de ente acusador.

Si al Tribunal le queda alguna duda sobre la participación del acusado, en el hecho investigado o circunstancias periféricas a éste, lo procedente es el dictado de la absolutoria, nunca tratar de buscar la verdad a través del interrogatorio; la litis es de las partes y tal interrogatorio es propio de un Fiscal o un Juez de instrucción. La figura del Juez de instrucción quedó derogada con el Código de Procedimientos Penales por lo que la participación del juez, en nuestro sistema acusatorio, se limita a garantizar los derechos de las partes en debate.

Resulta preocupante la respuesta que da la Sala Tercera al llegar dicha sentencia a su conocimiento.

"En el presente caso, una vez leída con atención la transcripción de las manifestaciones de Sandí Fallas ocurridas bajo el interrogatorio de uno de los miembros del Tribunal, considera esta Sala que estos cuestionamientos se dan dentro de los límites del deber de imparcialidad del Tribunal, en el tanto la señora Jueza se limita a pedirle al deponente que aclare algunos

puntos que quedaron tras una nebulosa, luego de la declaración, que resultara del examen de que fue objeto por parte de la defensa, la fiscalía y el actor civil. No encuentra esta Sala que de manera alguna se hayan impuesto respuestas al testigo, o se le haya forzado a declarar sobre puntos a los que no se hubiese referido previamente".²³²

Como se menciona anteriormente, existe jurisprudencia contraria a la anterior, al considerar que los Jueces no pueden realizar actos de investigación propios del Ministerio Público, así como el ente acusador no puede realizar actos jurisdiccionales. Esto, en aplicación a las reglas que rigen al juicio oral entre ellas, es contradictorio, ya que son las partes las que deben interrogar a los testigos, no el ente juzgador; esto resulta una intromisión en funciones acusador que no le corresponde.

La sentencia 1165 de las 9:55 hrs del 12 de octubre del 2007 indica:

"En vista de la separación de funciones entre el Juez y el Fiscal(los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los Jueces, salvo las excepciones expresadas previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación, artículo 277, último párrafo del Código Procesal Penal), y los principios que rigen el juicio oral, entre ello, el contradictorio, serán las partes las que deberán interrogar a sus testigos, y contra interrogar a los contrarios, en busca de sustentar su teoría del caso, y debilitar la de su oponente. Por el contrario, el tribunal, órgano imparcial, ajeno a los intereses en conflicto (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 párrafo segundo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (que garantizan el derecho a toda persona acusada de delito a ser oído con las debidas garantías por un Tribunal imparcial), debe limitarse a preguntar después de las partes, únicamente en sentido aclaratorio. Es por ello que el numeral 352 del Código Procesal, en cuanto al interrogatorio directo, dispone que lo iniciara quien propuso al testigo, luego continuara la parte contraria, y por último, el Tribunal. Su labor es eminentemente de moderador. Las preguntas que formule, para no

²³² SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia Nº 245 de las 11:45 hrs del 14 de Marzo del 2007.

comprometer su imparcialidad, deberán limitarse a aquellos aspectos confusos o contradictorios. En no pocas oportunidades, las partes pueden pronosticar la decisión que tomará el Juzgador, por las preguntas que realiza. Tal papel no se corresponde con el que le asigna el actual proceso penal, de garante de los derechos de los sujetos procesales, tutelando la equidad entre ellos, mostrando objetividad (artículo 6 del Código Procesal Penal)".²³³

3. Reapertura del debate.

Señala el artículo 362:

"Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados".

Este artículo es un clarísimo ejemplo de un Juez con poderes de instrucción, ya que abre la posibilidad para el Juez de incorporar prueba de oficio luego de la clausura del debate.

La carga de la prueba, en materia penal, la tiene quien acusa o sea el Ministerio Público o el Querellante, ya que la inocencia de una persona se presume; lo que debe ser demostrado en juicio, es su culpabilidad, por lo que el Ministerio Público o el Querellante, según sea el caso, es quien debe destruir el estado de inocencia, del imputado.

Como se señala anteriormente, si el Tribunal tiene duda sobre la participación del acusado, en los hechos delictivos o las circunstancias periféricas a éste, lo procedente es el dictado de la absolutoria, nunca seguir buscando pruebas incriminatorias, porque no resulta lógico que el

²³³ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia 1165 de las 9:55 hrs del 12 de octubre del 2007.

tribunal esté buscando prueba para absolver, ya que la inocencia no debe ser probada, no así la culpabilidad.

La Jurisprudencia no ha unificado criterio en cuanto al tema; por un lado el Tribunal de Casación²³⁴ considera que la reapertura del debate, para incorporar prueba traída de oficio, va contra el principio acusatorio y la imparcialidad del Juez, mientras que la Sala Tercera tiene una serie de votos de mayoría donde se inclinan por considerar que la reapertura del debate es una potestad jurisdiccional que otorga del CPP a los Jueces. Existen dos votos salvados dentro de la jurisprudencia de Sala Tercera, uno del magistrado Jorge Arce Viquez y otro de la Magistrada Rosario Fernández; estos, consideran que sí es violatorio del principio de imparcialidad la reapertura del debate y todo acto de instrucción que realicen los Jueces en juicio.

Se inicia el análisis con la Jurisprudencia de mayoría de la Sala Tercera.²³⁵

En sentencia 133-2006, el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, decide, una vez concluido el debate, traer de oficio al perito psicólogo que atendió a la menor víctima de abusos sexuales; dicha prueba no fue solicitada por ninguna de las partes. Ante la sentencia condenatoria, que resulta de dicho juicio, la defensora interpone

²³⁴ Ver sentencia del TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, n° 563 de las 10:20 hrs del 8 de Junio del 2004, n° 809 de las 12:00 del 20 de Octubre del 2000, n° 108 de las 11:20 del 12 de Febrero del 2004, n° 316 de las 10:30 hrs del 11 de Abril 2008, n° 201 de las 10:55 del 9 Marzo 2006, además del voto de la SALA CONSTITUCIONAL n°1621 de las 8:30 hrs del 15 de agosto del 2008.

²³⁵ No se va a proceder a analizar a fondo la Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal ya que dentro de los límites de la presente investigación por cuestiones metodológicas se está analizando únicamente la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte.

recurso de casación; al impugnar dicha sentencia, alega quebranto al debido proceso, por falta de aplicación del principio de in dubio pro reo y quebranto del principio de Juez imparcial.

En resolución 280 de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007, la Sala Tercera resuelve el citado recurso. Por voto de mayoría, los magistrados avalan la reapertura del debate que hacen los Jueces del Tribunal Penal de Alajuela. Se considera que la reapertura no quebranta el principio de imparcialidad ni el debido proceso y con él la aplicación del in dubio pro reo, al considerar que el CPP autoriza dicha situación en el artículo 362; por ello, resulta un ejercicio pleno de sus facultades legales.²³⁶

"Respecto a la violación del principio de juez imparcial, y valoración de prueba incorporada en forma ilegítima. Estima esta Sala que no lleva razón la recurrente, al considerar que el Tribunal no puede ordenar de oficio, la incorporación de un testigo después de haber clausurado el debate. Al respecto, debe indicarse que el Código Procesal Penal claramente establece: (...) Si el Tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate (...)" (Artículo 362 del Código Procesal Penal). En tal sentido, si bien es cierto, las razones por las que el Tribunal consideró importante recibir la declaración del perito psicólogo que había atendido a la menor –después de clausurado el debate– no quedaron consignadas en el acta respectiva, tal situación no desmerece la facultad establecida por nuestra normativa para que los Juzgadores pudieran recibir la deposición del perito Mario García Hidalgo, " para que se refiriera – específicamente– a la posibilidad de que una persona con las características que presenta la ofendida y ante hechos como los investigados, dé una versión un tanto diferente en algún momento durante el debate".²³⁷

²³⁶ Véase sentencia SALA TERCERA nº 700 de las 9:43 hrs del 23 de junio el 2000 la en la que los magistrados consideran que no quebranta el principio de imparcialidad el hecho que los jueces reabrieron el debate con la finalidad de recibir la declaración de la un testigo que no había sido ofrecido por el Ministerio Público.

²³⁷ SALA TERCERA DE LA CORTE, sentencia nº 280 de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007

Luego de analizar lo expuesto por la Sala, se concluye que los Magistrados consideran que los Jueces posean ciertos poderes en la instrucción de la causa que le otorga el CPP, en ciertas normas que aun conservan resabios del sistema inquisitivo.²³⁸

A tenor de lo expuesto, debo señalar mi disconformidad con el dictado de mayoría del la Sala Tercera, ya que considero que tal situación violenta a todas luces el principio de imparcialidad y con él el debido proceso y la aplicación del in dubio pro reo, ya que el juez no puede ni debe incorporar prueba de oficio al debate; esto, en virtud de la interpretación de los artículos 35 y 42 de la CPR de Costa Rica, lo procedente en estos casos es dictar sentencia absolutoria, ya que el ordenamiento jurídico costarricense exige que, ante la duda, se debe absolver, nunca traer prueba de oficio para condenar.

En sentencia 45-04 el Tribunal de juicio de Guanacaste, Sede Nicoya, resuelve condenar al imputado a cuatro años de prisión, por el delito de abusos sexuales contra menos de edad. Dicha sentencia se fundamenta en prueba traída a debate de oficio por el Tribunal, luego de darse por concluido el mismo; dicha prueba fue: la declaración del perito que valora a la menor víctima de abuso sexual. Se dispuso realizar los análisis comparativos con el patrón de ADN del imputado, a las muestras de semen encontradas en la evidencia y a los elementos pilosos levantados de la escena. Se debe recalcar que dicha prueba nunca fue ofrecida por las partes.

²³⁸ Ver Código Procesal Penal, artículo 352, 362 y 355.

Ante la sentencia condenatoria que resulta de dicha causa, la defensora alega violación al principio de Juez natural, al principio acusatorio y violación al derecho de defensa.

En resolución nº 1275 de las 10:25 hrs del 15 de diciembre del 2006 la Sala Tercera resuelve el tema. Indica la Sala que el Tribunal de Juicio puede disponer la reapertura del debate si estima absolutamente necesario evacuar prueba o aclarar la existente. Esta posibilidad excepcional no es irrazonable o desproporcionada, por estar en función de la verdad real de los hechos y de la tutela judicial efectiva, así como lo preceptuado en la norma 362 del CPP.

La línea jurisprudencial de la Sala Tercera considera que no es violatorio del principio de imparcialidad y objetividad, así como del debido proceso que los Jueces de Tribunal intervengan activamente en el esclarecimiento de la verdad. Esto, ya sea incorporando prueba de oficio en la etapa de debate, como en el caso de la prueba, para mejor resolver, ordenada de oficio o por medio de la figura de la reapertura del debate.²³⁹

Existen, como se menciona anteriormente, dos votos relevantes de minoría que contradicen las deposiciones anteriores:

El voto salvado del Magistrado Jorge Arce Víquez, plasmado en la sentencia nº280, de las 10:30 hrs del 21 de Marzo del 2007, indica al respecto:

²³⁹ Ver resolución SALA TERCERA DE LA CORTE, nº 957 de las 9:45 hrs del 19 de Agosto del 2005.

"Respetuosamente difiero de la decisión que ha sido adoptada por la mayoría, a mi entender se debe declarar con lugar el recurso de casación que ha sido interpuesto por la Licda. Kenia Pérez Villalobos en defensa del imputado, pues efectivamente el tribunal de juicio inobservó el principio de imparcialidad al ordenar la reapertura del debate para recibir o ampliar la prueba de cargo necesaria para poder justificar una sentencia condenatoria. La facultad prevista en el artículo 362 del Código Procesal Penal no puede entenderse ni aplicarse sin considerar el contexto normativo que la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, mucho menos prevalecer sobre la premisa que rige el proceso de conocimiento judicial, el estado de inocencia y el principio in dubio pro reo según el cual " En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado " (artículo 9 del Código Procesal Penal). En el presente asunto, en vez de aplicar el principio in dubio pro reo , el Tribunal dispuso oficiosamente la reapertura del debate para escuchar al perito clínico Mario García Hidalgo, y aclarar por qué la menor ofendida negó de manera rotunda haber sido tocada por el encartado en la vagina (siendo que el Ministerio Público alegó en sus conclusiones que la niña negó los hechos por temor), lo que denota una clara parcialidad del juzgador en contra del imputado".

En este voto salvado, el Magistrado Jorge Arce, muy acertadamente considera que es evidente que el Tribunal de Juicio busca prueba para condenar, siendo tal proceder contrario con los principios de imparcialidad y objetividad con que los jueces deben resolver sus asuntos; así lo establecen los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6 y 180 del CPP.

Como bien lo señala el Magistrado Arce:

"Ciertamente el tribunal de juicio tiene el deber de procurar la averiguación de la verdad, mas no a expensas de los principio de imparcialidad y de objetividad, sino sobre la base de la acusación, y sin sustituir en sus funciones al actor penal, que es a quien legalmente corresponde practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo (artículo 62 del Código Procesal Penal). En materia penal el conocimiento judicial intenta ser verdadero y lo es con frecuencia, pero la veracidad, que es un objetivo, no caracteriza el conocimiento judicial de manera tan inequívoca como el método garantista por el cual la investigación judicial plantea problemas y pone a prueba las soluciones propuestas. Dentro del sistema acusatorio costarricense la imparcialidad y objetividad del juzgador son valores superiores al de la averiguación de la "verdad real" a que se alude en el voto de mayoría".

Por su parte, la Magistrada Rosario Fernández, en resolución 1275 de las 10:25 hrs del 15 de Diciembre de 2006, salva el voto, separándose del criterio de mayoría.

En el caso en estudio se trata de un debate realizado por el Tribunal de Guanacaste, sede Nicoya, en el cual se condena al acusado por el delito de abusos Sexuales agravados, contra menor de edad. Aquí el Tribunal asume funciones propias de las partes, como lo es el ofrecimiento de prueba; se afecta con esto la imparcialidad del juez, así como la presunción de inocencia con su derivado, el principio de in dubio pro reo. El Tribunal reabre el debate para traer a declarar a un perito, además solicita traer dictámenes de bioquímica no ofrecidos por las partes.

Al no quedar contento el Tribunal con esto, suspende, en reiteradas ocasiones, las continuaciones de la audiencia oral, con la finalidad de traer los dictámenes solicitados de oficio.

La Sala Tercera, en voto de mayoría, antes citado, considera que tal entuerto no contraría la imparcialidad de los jueces; esta es una situación totalmente errada, por lo que la Magistrada decide salvar el voto, al argumentar lo siguiente:

El hecho que el Tribunal haya traído prueba de oficio, es porque tuvo alguna duda, duda que conforme al principio de in dubio pro reo, debe favorecer al encartado; de ahí que la prueba evacuada, en forma oficiosa, implica prácticamente una toma de posición a favor de la acusación.²⁴⁰

Señala la Magistrada:

"Aún prescindiendo de la discusión surgida en nuestro medio, respecto a si el Código Procesal Penal de 1996, vigente a partir de 1998, instaura un proceso penal acusatorio, o 'marcadamente' acusatorio, o inquisitivo con rasgos acusatorios, lo real es que no pueden ignorarse las normas de rango superior, la Constitución y las Convenciones relativas al reconocimiento de los Derechos Humanos, que garantizan a toda persona el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, sea, un juez o tribunal que se mantiene distante tanto de la hipótesis de la acusación como de la defensa, atendiendo a lo que la prueba que se evacua en el juicio, ofrecida por las partes, le lleva a acreditar, y limitado por sus pretensiones. En este sentido, compartimos lo que al respecto expresa José Cafferata Nores, quien señala: 'La imparcialidad es la condición de "tercero" del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de estas, ni comprometido con sus posiciones ni tener prejuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia.' (CAFERRATA NORES, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. 2000 Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, página 136). El respeto a la imparcialidad no se cumple, cuando el Tribunal asume la función de una de las partes, en este caso del acusador, sustituyendo al órgano

²⁴⁰ SALA TERCERA resolución nº 1275 de las 10:25 hrs del 15 de Diciembre del 2006.

encargado de la persecución penal, y manteniéndose como juez que falla el caso, aspecto criticable aún para los legos, si atendemos a la cultura popular que ha acuñado el adagio de que no se puede ser juez y parte, e inaceptable, con mayor razón, a la luz de la normativa de Derechos Humanos vigente. Esta exigencia de imparcialidad no admite excepciones, por ello, no es admisible que bajo la reiterada alusión que hace nuestra jurisprudencia a la búsqueda de la 'verdad real', se la sacrifique. No hay razón alguna para asumir que tal prerrogativa, de buscar o encontrar la verdad, sea propia de los jueces, o que estos estén mejor dotados para encontrarla o determinarla en detrimento de los otros mortales, tales como los miembros del órgano acusador. Aún estimando que fuese realmente posible aprehender, asir, conocer, lo efectivamente ocurrido, sin alteraciones, el mismo proceso penal parte de limitaciones a tal búsqueda, como lo examina Nicolás Guzmán. Un juicio no se realiza para examinar cualquier evento histórico, sino aquél establecido como hipótesis en la pieza acusatoria, lo que ya por sí es un límite a la búsqueda de 'la verdad real' (ver párrafo primero del artículo 365 del Código Procesal Penal). Y la hipótesis fáctica con la que se presenta el acusador al juicio, no puede ser probada por cualquier medio, sino solo por medios probatorios lícitos, adquiridos e introducidos al juicio con respeto de los derechos fundamentales, lo que implica que en 'aras de la verdad real' no se puede utilizar cualquier prueba (ver artículo 181 del Código Procesal Penal). Señala el citado autor que: 'El juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con criterios jurídicos de decisión (el principio de inocencia y el in dubio pro reo), que le dan las armas necesarias para decidir.' (GUZMAN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 183). Resulta inaceptable que, por asumirse que el Tribunal está mejor dotado para buscar y determinar 'la verdad real', se vulnere su imparcialidad, al contrario, la exigencia misma de que el Tribunal sea imparcial, constituye precisamente otro límite a la pretendida búsqueda de la verdad. Tan evidente es ello, que entre las causales de excusa de los jueces se encuentran las relativas al conocimiento previo del caso (ver inciso a) del artículo 55 del Código Procesal Penal), siendo generalmente admitido que el conocimiento privado del juez, no puede fundar una condena. En síntesis, conforme con la normativa, no es posible sostener que la búsqueda de la verdad del hecho histórico, que pueda configurar un delito, constituya el objetivo del proceso penal. Como se ha indicado, tal búsqueda está limitada, y uno de

sus límites es la imparcialidad de los jueces, por lo que no es aceptable que con el fin de determinar tal 'verdad real' los Tribunales puedan asumir las funciones del acusador [...]. En tal sentido es ilustrativo lo que expresa Nicolás Guzmán, respecto a que: "[...] parece conveniente abandonar de una vez por todas la idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni prácticas. La idea de la búsqueda de la verdad como meta del procedimiento influye en gran medida en la conciencia judicial penalista y lleva a los jueces a excederse en sus funciones específicas y a buscar por ellos mismos corroboraciones de hipótesis (incluso defensivas, pese a que cuentan con el criterio jurídico de decisión in dubio pro reo) cuando todo lo que deberán hacer es analizar si las que le presentan las partes han alcanzado un cierto grado de confirmación. La extirpación de esa idea arraigada en la cultura penalista probablemente contribuiría a reducir las confusiones teóricas cuando se aborda la temática referida a los roles del juez, del fiscal y del imputado en el proceso y, consecuentemente, a eliminar las intromisiones ilegítimas (y muchas veces innecesarias) de la magistratura, que se producen en la práctica.' (GUZMAN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, páginas 116 y 117)." Con base en lo expuesto, artículos citados, y 450 del Código Procesal Penal, estimo que la actuación del Tribunal, de reabrir el debate, para recibir prueba no ofrecida por las partes, no solo no se ajusta a las previsiones del artículo 362 del Código Procesal Penal, sino que, además, infringió la imparcialidad que le es exigible, ante ello, lo que procede es anular la condena dictada, y disponer el reenvío".

Considero que la Magistrada tiene toda la razón al indicar que el respeto por la imparcialidad no se cumple cuando el Tribunal asume el rol de una de las partes; en este caso, de acusador, ya que, en ese momento el Juez se extralimita en sus funciones de Juzgador y se convierte en un instructor de la causa.

Cuando se tenga dudas sobre la culpabilidad del acusado, en el hecho investigado, lo procedente es el dictado de una sentencia

absolutoria en aplicación a los principios de imparcialidad del Juez y de inocencia con su derivación del *in dubio pro reo*.

Del presente capítulo se da por demostrada la hipótesis de dicha investigación, la cual es: *“El proceso penal con el fin de demostrar la mítica verdad material, irrespeta los derechos fundamentales que le asisten a las personas acusadas en un proceso”*.

En cuanto a los límites de la verdad, como se indica anteriormente, en la parte primera de este capítulo, efectivamente los Jueces, en aras de buscar la verdad real de los hechos, violentan los derechos fundamentales de los acusados, tales como la facultad de abstención, la protección al derecho de intimidad, materializado en la protección del domicilio, la protección de las comunicaciones y los papeles privados, al imputado como objeto de prueba. No es sino la Sala Tercera mediante el recurso de casación y la acción de revisión que en algunos casos reivindica estos derechos.

En cuanto a los resabios del sistema inquisitivo, se desprende igualmente que en aras de reconstruir la realidad fáctica lo más aproximada a la realidad, los jueces violentan derechos fundamentales de los imputados, tales como el derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial y el derecho a contar con un debido proceso; esto, en aplicación al principio de *in dubio pro real*, así como el derecho de defensa.

La Sala, en este caso, avala las violaciones a los derechos fundamentales, antes citados, cometidas por los Jueces de juicio. No es sino dos votos de minoría, tales del Magistrado Arce como de la

Magistrada Fernández, que reivindican la situación de los acusados. Pero, al ser votos de minoría, si bien pueden ser referidos, no son jurisprudencia de mayoría, como a mi criterio debe serlo, por lo menos sentaron un precedente en la Sala Tercera.

Conclusiones.

I.El Código Procesal Penal de 1996, tiene sus bases en el sistema acusatorio. Este sistema se caracteriza por una marcada separación de funciones entre el ente acusador y el Juez, por lo que la participación del Juez es claramente disminuida en comparación al sistema inquisitivo. El papel del Juez en el sistema acusatorio es de garante, su labor es hacer respetar los derecho del las partes, por lo que sus poderes probativos dentro de la causa deben ser nulos.

La verdad real fue un valor muy apreciado en el sistema inquisitivo incluso fue el estandarte de los Jueces de Instrucción utilizado para inmiscuirse en labores propias del ente acusador.

Nuestro sistema penal actual regula el tema de la búsqueda de la verdad real en el artículo 180 del CPP, al señalar que: *El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.* De esta norma se puede concluir que el CPP regula el tema de la verdad dentro del proceso penal actual, dándole al Ministerio Público y a los Jueces la tarea de buscar la verdad. Esta potestad de los jueces se materializa en diversas normas que le otorgan poderes probatorios a los mismos tales preceptos se encuentran regulados en los artículos 355, 362 y 352 del CPP.

Según los principios que rigen el sistema penal costarricense de corte acusatorio no es admisible que los Jueces se involucren en hallar la verdad real de los hechos. El Juez dentro del sistema acusatorio es el garante de

los derechos fundamentales de las partes, debe limitarse a resolver el conflicto propuesto por las partes y no inmiscuirse en funciones propias de estas como lo es la búsqueda de la verdad de los hechos. La búsqueda de la verdad real es tarea únicamente de las partes. Este principio de verdad real es constatable a lo largo de toda la presente investigación.

II. Según los principios que inspiran nuestro sistema penal actual relacionados con el sistema acusatorio y los derechos fundamentales, si bien se admite el tema de la verdad vista como la relación de correspondencia entre el enunciado y la realidad que se da cuanto existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad oncológica, esta búsqueda no resulta irrestricta, encuentra sus límites precisamente en relación con los derechos fundamentales que le asisten a las partes dentro del proceso específicamente al imputado. Estos límites a la búsqueda de la verdad real son: el derecho de abstención, el imputado como objeto de prueba, la supresión de la tortura y la inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones y los documentos privados.

En cuanto al derecho de abstención se concluye que este derecho constituye una garantía constitucional resguardada en el artículo 36 de la CPR, además de diversos instrumentos de derecho internacional tales como: el artículo 8 de la Declaración Americana Derechos Humanos , 14 inciso 3 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos , así como los artículos 82, 92 del CPP.

Dicha garantía protege tanto al imputado como a sus parientes más cercanos (hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad y afinidad),

siendo su silencio una potestad nunca una presunción de culpabilidad, lo contrario significaría judicializar un derecho fundamental.

En cuanto al imputado como objeto de prueba se indica que a raíz del principio de libertad probatoria al imputado se le puede considerar fuente de prueba siempre que su participación sea pasiva. Cuando se requiera la participación activa del acusado con la finalidad de reproducir prueba, se debe contar con su consentimiento claramente expresado ya que no es posible obligarlo a participar activamente en la producción de la prueba. Las intervenciones corporales que se realicen a los acusados cuando fungen como objeto de prueba, deben ser ordenadas por la autoridad correspondiente, dicha autoridad dependen de la naturaleza del acto. Cuando se trate de situaciones que no atenten contra la integridad del acusado, las puede ordenar el Ministerio Público, situación contraria las debe ordenar la autoridad jurisdiccional correspondiente y debe realizarla un perito experto en la materia, esto con la finalidad de resguardar la salud y la integridad física del acusado. El límite a tal potestad es el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la supresión de la tortura, esta se regula en los artículos 40 CPR, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en la Convención contra la tortura y otros tratos crueles y degradantes. El artículo 123 bis del CP la considera un delito.

Actualmente no es posible utilizar declaraciones extraídas mediante el método de la tortura como si ocurrió en el sistema inquisitivo, donde la confesión fue la madre de las pruebas, incluso las arrancadas mediante este método.

El respeto al derecho a la intimidad materializado en la protección del domicilio, las comunicaciones y otros papeles constituye otro límite a respetar a la hora de buscar la verdad de los hechos.

La protección del domicilio se inspira en el derecho fundamental a la intimidad, resguardo en el artículo 23 y 24 de la CPR, así como en los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, este derecho indica que la propiedad, las comunicaciones y los documentos privados son inviolables, pero como todos los derechos excepto el de la vida tienen sus excepciones; el derecho a la intimidad no está exento a dicha situación por lo que la misma CPR así como las normas contempladas en el CPP y en la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos prevén los casos en que este derecho puede ser decepcionado tal es el caso del allanamiento y el secuestro e intervención de las comunicaciones.

Estas excepciones al derecho a la intimidad tienen ciertos requisitos que deben ser cumplidos, por ejemplo el domicilio de una persona es inviolable pero puede ser allanado por orden escrita de un Juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de un delito, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad. Además el CPP establece una serie de formalidades que deben ser cumplidas, algunas de ellas son: el allanamiento debe realizarse entre las seis a las dieciocho horas, debe contarse con la presencia de un juez, además es requisito indispensable contar con una orden escrita debidamente fundamentada que sea antecedida por una solicitud del Ministerio Público. Por su parte se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones la ley N° 7425 en el artículo 9 prevé los casos en que

procede la intervención de las comunicaciones los cuales son: para casos de narcotráfico, secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas, tráfico de personas para comercializar órganos, homicidio calificado, genocidio y terrorismo y los previstos en la ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En estos casos se autoriza la intervención telefónica y el registro, secuestro de documentos, en cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento, el incumplimiento de estos requisitos genera la nulidad del acto así como la ilegalidad e inaplicabilidad de la prueba obtenida por ese medio.

El análisis de los límites para la verdad real se desarrolla en la sección primera del capítulo dos de la presente investigación.

IV. En la presente investigación se analizaron sentencias de la Sala Tercera de la Corte, con el objetivo de examinar la aplicación del principio de verdad real en relación con los derechos fundamentales del imputado que funcionan como límites a la verdad, así como los poderes probativos del Juez en relación con el principio de imparcialidad, de lo cual se extrajo lo siguiente:

Los jueces de Juicio vulneran los derechos fundamentales que sirven de límite a la verdad real tales como: el imputado como objeto de prueba, la supresión de la tortura, el derecho de abstención y la protección del domicilio y las comunicaciones. La Sala Tercera a través del recurso de casación y revisión reivindica estos derechos, anulando las sentencias que contengan vicios respecto a la violación de derechos fundamentales.

Algunos ejemplos son: en cuanto al derecho de abstención, en sentencia 416-F de las 9:45 hrs del 14 de Octubre del 1994 se alega que un Tribunal de Juicio decide no creerle al imputado su versión dada en juicio, no por ser inconsistente o contradictoria, ni por carecer de prueba que la sustente, simplemente porque es hasta la etapa de juicio decide declarar ya que se abstuvo en todas las etapas anteriores a debate.

La Sala Tercera en este caso decide anular la sentencia condenatoria ya que considera que dicha sentencia tienen vicios en cuanto a la fundamentación, a la luz del principio acusatorio y de los derechos fundamentales del imputado no es posible restarle credibilidad a éste en su versión por el simple hecho de ejercer su derecho a guardar silencio.

Esto es una violación al debido proceso y un quebranto a las reglas de la sana crítica. Lleva total razón la Sala Tercera, al considerar que lo procedente ante una sentencia condenatoria con tal fundamentación es la anulación de dicha resolución.

El derecho de abstención cubre aquellas manifestaciones que los testigo hagan en etapas tempranas de la investigación y que luego se acojan al derecho de abstención, es ilegal la incorporación de documentos o manifestaciones emitidos por el imputado o los parientes de éste, cuando media la facultad de abstención en etapas posteriores.

A pesar de esto, siguen existiendo tribunales que incorporan a debate los documentos que aporta en testigo en etapas tempranas de la investigación y que luego deciden abstenerse.

En resolución n° 604 de las 9:30 hrs del 24 de Julio del 2003 la Sala Tercera señala que cuando un acusado decida abstenerse de declarar en debate, no es posible incorporar por lectura cualquier tipo de manifestación procesal que el mismo hizo en etapas anteriores y que le pueda implicar algún grado de responsabilidad.

En cuanto al imputado como objeto de prueba, los jueces vulneran cierto derecho de los acusados en aras de buscar la verdad real. Ejemplo de ello es la sentencia 88 del 2002 de la Sala Tercera, en esta el defensor casa la sentencia alegando violación al debido proceso ya que el Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón condena a la imputada por el delito de introducción de droga a un centro penal, vasado en prueba obtenida de manera ilegal.

Cuando la imputado está siendo requisada para entrar a la cárcel se detecta que trae droga en su vagina. La policía carcelaria quien hace la requisa decide extraer un preservativo que la imputada trae en la vagina con supuesta droga. Cuando la causa llega a debate, el tribunal le da plena validez a esta prueba por lo que se condena a la imputada.

Es evidente que tal intromisión en la intimidad e integridad física de la acusada es totalmente violatoria de sus derechos fundamentales ya que lo procedente era su traslado a un centro médico, previa orden de un juez.

Lo preocupante no solo es la mala recolección de la prueba por parte de la policía quienes pusieron en peligro a integridad física de la acusada, sino la anuencia del tribunal de juicio para avalar dicha situación

a tal punto que fundamentaron su sentencia condenatoria con dicha prueba.

En cuanto a la tortura es necesario indicar que dicho tema ha quedado en el pasado inquisitivo, actualmente los jueces no permiten la incorporación de prueba a juicio extraída por este medio.

En cuanto al respeto por el derecho a la intimidad se ha dicho que este derecho tiene su excepción; tal es el caso del allanamiento y el registro, secuestro y examen de documento privados, así como las intervenciones en las comunicaciones.

Para que sea posible excepcionar el sagrado derecho a la intimidad, es necesario cumplir con una serie de requisitos que se encuentran plasmados en la CPR, así como en el CPP y en la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados. Muchas veces los jueces vulneran estos requisitos en pro de buscar la verdad real, por ejemplo tenemos:

Tribunal Penal de Guanacaste admite y valora como legítima la prueba recabada de un allanamiento realizado, sin contar con la solicitud por parte del Ministerio Público y ordenado de oficio por el Juez de la etapa preparatoria.

Es imprescindible que en el expediente conste la solicitud realizada por el Ministerio Público, para que las partes puedan controlar los motivos e indicios que determinaron la solicitud y contrastarla con la autorización realizada por el juez; éste, para resolver, debe circunscribirse a la motivación del fiscal. La ausencia de dicho documento deviene en

ilegitimidad del allanamiento. Aceptar que el Juez de la etapa intermedia pueda ordenar de oficio el allanamiento, significa aceptar la vuelta del juez de instrucción, ya que este está asumiendo funciones de ente acusador como las que le otorgaba el Código de Procedimientos Penales a los Jueces de la República; esto, va contra del principio acusatorio, que inspira al actual CPP, que es el que rige hoy.

En este caso la Sala Tercera anula la sentencia condenatorio al considerar que se violentaron los derechos del acusado ya que la orden de allanamiento no contenía la debida fundamentación además el juez se extralimito en sus poderes al ordenar el allanamiento de manera oficiosa.

En resolución N° 930 de las 8:50 hrs del 28 de setiembre del 2001, de la Sala Tercera, la defensa presenta recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago, n° 270-01; alega falta de fundamentación de la sentencia, ya que los Jueces sustentaron la condena del acusado en prueba espuria, al ser obtenida en un allanamiento realizado luego de las dieciocho horas, sin que mediara la debida fundamentación del mismo. La Sala Tercera, en acertadísima resolución considera que dicha sentencia recurrida es nula por fundamentarse precisamente en un allanamiento ilegal, pues se efectúa luego de las dieciocho horas, sin que medie la debida fundamentación del juez. La Sala Tercera, ordena se declare la nulidad del allanamiento y con él la nulidad de la prueba recabada, además se absuelve al acusado, ya que sin dicha prueba no es posible sostener una sentencia condenatoria.

En resolución 51-2001, de la Sala Tercera, se impugna que el Tribunal Penal de la Zona Atlántica le da plena validez a un allanamiento realizado en el hotel Cocorí y en la casa de uno de los acusados. Estos se realizan sin que se cuente con la orden escrita del juez; la presencia del juez suple la orden y mediante esta resolución se le imponen doce años de prisión a los aquí acusados.

La sentencia llega a la Sala Tercera con una revisión; esta Sala, de manera muy acertada, considera que dicho actuar del Tribunal de Juicio es totalmente ilegal y violatorio del debido proceso. Esto, ya que el artículo 23 de la CPCR y el artículo 193 y ss del CPP, establecen las reglas mínimas para la procedencia del allanamiento. Entre ellas se encuentran: la necesaria participación del Juez y la necesidad de una orden escrita, donde se fundamente la solicitud; no se permite que la presencia del juez supla la orden escrita, puesto que fallar así resulta lesivo de derechos fundamentales. La Sala procede a anular la sentencia en virtud de la ilicitud del allanamiento, que sirve de base para la sentencia condenatoria.

La Sala Tercera ya, en basta jurisprudencia ha expresado que la sanción procesal ante la inobservancia de las formalidades mínimas para ordenar un allanamiento, es la nulidad del mismo y con éste la nulidad de toda la prueba obtenida por este medio, esto como una forma de controlar a los jueces de Juicio y de trámite para obligarlo a fundamentar debidamente las órdenes de allanamiento.

Otro derecho que es vulnerado por los Jueces de Juicio y que aun no ha sido reivindicado por la jurisprudencia de la Sala Tercera es el derecho

que tiene el acusado de contar con su defensor al momento del allanamiento, el artículo 13 del CPP, indica que el derecho de defensa se disfruta desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Se debe entender por cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él. De ahí que no exista ninguna razón que justifique el hecho que se practique un allanamiento sin la participación del defensor; éste, lógicamente se coloca en indefensión al no contar en ese momento con la participación de un profesional en derecho que le aconseje durante la diligencia.

La presencia del Juez de garantías, no sustituye el derecho irrenunciable del imputado, de contar con su defensor.

La CPCR en su artículo 24 garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones, únicamente puede excepcionarse este derecho según los supuestos que se encuentran contenidos en la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados los cuales son: el secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos, homicidio calificado, genocidio, terrorismo y los previstos en la ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas; en estos casos, se autoriza la intervención telefónica y el registro y secuestro de documentos en cuando sea absolutamente indispensables para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Los tribunales en muchas ocasiones hacen caso omiso a las formalidades que se requieren para intervenir las comunicaciones. Por ejemplo se ordenan las intervenciones de manera oficiosa sin que medie la respectiva orden del fiscal a cargo de la investigación, e incluso sin que conste la orden judicial, en resolución n° 70, de las 8:45 del 11 de febrero de 2005, la Sala Tercera anula la sentencia 914-2004, dictada por el Tribunal Penal de San José, donde se condena a los acusados a doce años de prisión, por el delito de transporte internacional de droga. Se fundamenta en una serie de intervenciones telefónicas hechas por la Real Policía Montada de Canadá y el allanamiento de la embarcación denominada: "Sin Rumbo", así como el secuestro de droga. Esta diligencia se realiza sin que exista documento en el que conste la orden emitida por la autoridad competente, en Canadá, para intervenir las comunicaciones.

Al respecto la Sala Tercera, acertadamente, anula la sentencia, al considerar que tal faltante atenta contra el derecho fundamental a la intimidad de los acusados, protegidos en el artículo 24 de la CPR.

En cuanto a los poderes probativos del Juez, se tiene que el CPP de 1996 de corte acusatorio, autoriza en ciertas normas la intromisión del Juez en las funciones propias del ente acusador estas normas constituyen un fuerte y desdichado resabio del sistema inquisitivo, en estos se pueden citar la potestad del juez de traer prueba de oficio a debate sea mediante la prueba para mejor resolver que se regula en el artículo 355 CPP o bien mediante la figura de la reapertura a debate según lo establece el 362 CPP o mediante el interrogatorio por parte del tribunal a los testigos, 352 CPP.

Los artículos 35 y 42 de la CPRC garantizan a los acusados contar con un tribunal imparcial.

Existe una discusión jurisprudencia. Una parte de esta considera que en virtud de estas normas que autorizan la incorporación a debate de prueba traída de oficio y la posibilidad que tiene el ente juzgador de preguntar a los testigos, no se vulnera con ello el derecho a contar con un Juez imparcial ni se violentan las normas del debido proceso en cuanto a la procedencia del in dubio pro reo, al ser una potestad legal otorgada por el CPP a los Jueces. (Esta es la posición de mayoría de la Sala Tercera). Por otro lado están quienes piensan que tales atribuciones del juzgador, constituyen una clara violación al derecho del acusado a contar con un tribunal imparcial ya, que si este se involucra con labores propias de las partes tal como lo es la incorporación de prueba a debate toma una postura dentro de la causa y es de ente acusador ya que siempre que un juez trae prueba a debate es para condenar, si la inocencia del acusado no requiere ser probada entonces toda la prueba traída a debate por el jueces es para mejor condenar.

En aplicación de las normas que regulan el proceso penal costarricense, mismas que garantizan el debido proceso, obligan a los Jueces a que en caso duda sobre la participación del acusado en el hecho o en las circunstancias periféricas que lo rodean, lo procedente es el dictado de una sentencia absolutoria, ya que como está concebido nuestro sistema penal, haciendo un análisis sistemático de todo el ordenamiento Jurídico, integrando los artículos 35y 42 de la CPRC, así como el 1,4 y 6 del CPP y diversos instrumentos de derecho internacional, no es admisible la participación activa del Juez dentro del contradictorio

sea trayendo prueba a debate de oficio, según lo permite el artículo 355 CPP o luego de la clausura del mismo, en aplicación de la figura del artículo 362, ni es procedente permitir al tribunal interrogar exhaustivamente al testigo (esta es la posición de la minoría de la Sala Tercera así como del Tribunal de Casación Penal de San José).

Este objetivo de la presente investigación se encuentra desarrollado en la sección segunda del capítulo tres.

V. El último objetivo de esta investigación fue definir las garantías que aseguran la averiguación de la verdad en el proceso penal costarricense de lo cual podemos concluir:

Las garantías que protegen la libertad del imputado y facilitan la tarea del conocimiento de los hechos son: la imparcialidad del Juez y el contradictorio.

El contradictorio es un derecho del acusado y a la vez un método para encontrar la verdad real.

Es un derecho porque da la posibilidad a las partes de cuestionar previamente todo aquello que puede llegar a influir en la sentencia. Este derecho se protege en los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4 de la Declaración Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 1 del CPP y 39 de la CPCR.

El contradictorio es un método para encontrar la verdad real de los hechos, vista como la relación de correspondencia entre el enunciado y la realidad que se da cuanto existe identidad, adecuación o conformidad

entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad oncológica. El contradictorio permite un abandono de la lógica verificacionista de inspiración inquisidora donde la hipótesis es seleccionada de forma arbitraria para luego buscar solo elementos que la corroboren. El contradictorio permite la crítica de dicha hipótesis, busca puntos débiles en ambas direcciones y con esto se convierte en un método para hallar la verdad de los hechos buscando la reconstrucción objetiva de los mismos. Para que esto se encuentre acorde con el sistema acusatorio dicho contradictorio debe ser dirigido por las partes, el Juez debe limitarse a lo que las mismas le aporten.

En cuanto a la imparcialidad: el Juez debe guardar total objetividad y paridad en los asuntos que sean de su conocimiento, así lo establecen los artículos 35 y 42 de la CPCR y los artículos 1 y 6 CPP.

Para que dicha imparcialidad se realice en la práctica, debe haber separación de funciones entre el Juez con las demás partes del proceso, esto con el fin de garantizar la equidistancia entre las partes y el Juez.

La separación de la figura del Juez con el ente acusador es el más importante elemento del modelo teórico acusatorio.

Para que la garantía de imparcialidad se cumpla los poderes probativos del Juez deben estar regulados, debe existir separación entre el investigador y el Juez en todas las etapas del proceso, en un sistema acusatorio el contradictorio es de las partes y son ellas quienes deben dirigir el debate, el Juez nunca debe tomar una posición activa.

En estricta aplicación a las reglas del sistema acusatorio, al Juez no le corresponde buscar la verdad de los hechos, situación que si le corresponde a las partes.

Cabe señalar aquí que en la realidad sucede otra cosa, encontramos muchos tribunales integrados por tres fiscales mas, con una clara visión de ente acusador, interrogan fervorosamente a los testigos, traen al debate prueba para mejor resolver sin que medie la solicitud de ninguna de las partes, siempre para mejor condenar. Se evidencia que tales Jueces no superan el antiguo régimen penal de jueces de instrucción.

Esto se desarrollo en el capitulo segundo de la presente investigación en la parte segunda.

VI. De la presente investigación se da por demostrada la hipótesis la cual es: "El proceso penal con el fin de demostrar la mítica verdad material, irrespeta los derechos fundamentales que le asisten a las personas acusadas en un proceso".

En cuanto a los límites de la verdad como se indica anteriormente en la parte primera del capítulo tres, efectivamente los Jueces en aras de buscar la verdad real de los hechos violentan los derechos fundamentales de los acusados, tales como la facultad de abstención cuando se le sataniza su declaración dada hasta la etapa de debate, la protección al derecho de intimidad materializado en la protección del domicilio esto se puede ver cuando los jueces ordenar allanamientos sin que medie la debida orden del Ministerio Público o cuando mediando la misma, no se realice la debida fundamentación del acto, y la protección de las

comunicaciones y los papeles privados cuando por ejemplo se ordena la intervención de las comunicaciones o el registro de documentos sin que medie la debida fundamentación o sin que se cuente con la orden de la autoridad competente o bien cuando esta sea ordenada sin la debida solicitud del Ministerio Público, así al imputado como objeto de prueba cuando en aras de buscar la verdad real los jueces ponen en peligro la vida y la integridad física y moral de los acusados permitiendo y avalando intervenciones corporales realizadas por la policía. No es sino la Sala Tercera mediante el recurso de casación y la acción de revisión que en algunos casos reivindica estos derechos anulando las sentencia que se fundamentan en prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del acusado.

En cuanto a los resabio del sistema inquisitivo, se desprende igualmente que en aras de reconstruir la realidad fáctica, los jueces violentan derechos fundamentales de los imputados tales como el derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial, el derecho a contar con un debido proceso, esto en aplicación al principio de in dubio pro reo, así como el derecho de defensa ya que los jueces apartándose de su labor de garantes, toman partido con alguna de las partes, en el mayoría de los casos con la parte acusadora y traen prueba de oficio a debate siempre para mejor condenar.

La Sala en votos de mayoría avala las violaciones a los derechos fundamentales antes citados cometidas por los Jueces de juicio, no es sino dos votos de minoría, tales del Magistrado Arce como de la Magistrada Fernández que consideran que tal intromisión violenta el derecho a contar

con un tribunal imparcial, esto votos de minoría son muy importantes ya que sientan un precedente en la jurisprudencia nacional.

VIII. Anteriormente se han planteado una serie de problemas que resultan de la mala interpretación y aplicación de las normas jurídicas que protegen las garantías fundamentales que tienen los acusados en virtud de los derechos humanos desaplicando los preceptos que introduce en nuevo Código Procesal Penal de 1996, tales como la garantía de imparcialidad y objetividad que debe primar en los jueces de la República.

Los derechos fundamentales que le asisten a los acusados se encuentran plenamente protegidos en las leyes, la constitución y en diversos instrumentos de derecho internacional. En virtud de esto considero que no es necesario cambiar el marco legal para evitar los abusos que se comenten contra los acusados en aras de buscar la verdad real de los hechos.

El problema gira en torno a la mala interpretación y aplicación que los jueces le dan a dichas normas, por lo que la solución va dirigida a los administradores de justicia no en virtud de la insuficiente normativa de fondo y procesal.

El cambio debe darse en relación a los jueces, estos deben aplicar la ley correctamente, haciendo una lectura integral, sistemática de todo el ordenamiento jurídico tomando en cuenta los derechos que le asisten a los acusados dentro de las causas penales ya que son los jueces precisamente los garantes del respeto a los derechos fundamentales que

tienen las partes, sin olvidar que el imputado es un sujeto procesal, incluso el más débil en la relación jurídica.

La constitución y la ley procesal costarricense otorgan a los jueces plena independencia respecto a sus decisiones, el principio de independencia del juez supone que los jueces solo están apegados a la ley, siendo libres en sus decisiones siempre que estén debidamente fundamentadas, pero dicha independencia no puede servir como cortina para cubrir las arbitrariedades que cometen los jueces en aras de buscar la verdad real contra los imputados.

El otro problema planteado en esta investigación son los resabios del sistema inquisitivo que se encuentran plasmados en los artículos 355, 362, 352, los cuales son: la prueba ordenada de oficio por el tribunal, ya sea en la etapa de debate o posterior a esta mediante la figura de la reapertura, así como la potestad de los jueces de interrogar al testigo.

Respecto a esto cabe señalar que el principio de juez natural y de imparcialidad está contemplado en los artículos 35, 42 de la CPR, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 1, 4 y 6 del CP, los cuales señalan que todos los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial, esto significa que no esté comprometido con ninguna de las partes. Esta característica de imparcialidad es propia del sistema acusatorio que caracteriza a los regímenes democráticos.

No resulta compatible con el principio constitucional de imparcialidad un juez comprometido con la búsqueda de la verdad real ya que según el sistema acusatorio quien debe probar la culpabilidad del acusado es el

Ministerio Público o el Querellante ya que la inocencia por disposición Constitucional se presume.

Recomendaciones.

Respecto a esto mi recomendación es la siguiente: debe derogarse por inconstitucionalidad de los artículos 362, 355, 352 del CP que establecen respectivamente la posibilidad que tiene el tribunal una vez concluido el debate reabrirlo para incorporar nueva prueba traída de oficio o repreguntar sobre la ya evacuada, la posibilidad que tienen los jueces de juicio para incorporar al contradictorio prueba para mejor resolver traída de oficio(cuando en la realidad es prueba para mejor condenar), así como la potestad de los juzgadores de preguntar a los testigos en debate, esto por violentar los artículos 35, 42 de la CPR que establece el principio de objetividad e imparcialidad al señalar que nadie puede ser juzgado por un tribunal nombrado para el caso o comprometido con alguna de la partes y no puede ser juzgado por un tribunal parcializado sea porque conoció el caso con anterioridad al contradictorio o porque se casó con la versión del ente acusador., 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dicha derogatoria lejos de causar algún perjuicio al sistema penal costarricense nos acerca cada vez más a un verdadero proceso acusatorio propio de los regímenes democráticos modernos.

Con esta derogatoria los jueces verán reducidos sus poderes probatorios y tendrán que resolver los litigios con los elementos que las partes aporten a debate. Con esto se reducirán las arbitrariedades que

actualmente cometen los jueces que son resultado de los amplios poderes probativos que aun hoy tienen los jueces en Costa Rica.

Bibliografía

Libros.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto (2001). Estudio acerca del allanamiento en el proceso penal. Volumen III, 1ª ed., San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Universitaria, 117 p.

ANTILLON MONTEALEGRE Walter (2001). Teoría del proceso jurisdiccional. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 219 p.

ARIAS, Jeannette (2007). La víctima del delito en el proceso penal; un enfoque desde la victimología y los derechos humanos. En derecho Procesal Penal Costarricense. 2º ed., San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1096 p.

ARMIJO SANCHO, Gilbert (2001). Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la transición al nuevo Proceso Penal. 2º edición., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 455 p.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. (1992). El control constitucional en el proceso penal. 1º ed., San José, Costa Rica: Editorial Editec, 133 p.

CAFFERATA NORES José. (1988). La prueba en el Proceso Penal. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina: Editorial ediciones Depalma, 185 p.

CAFFERATA, NORES, José. La investigación de la verdad: límites probatorios .monografía 5 p.

FAETH MENA, Ana María (1985). Análisis de la tortura. Tesis de licenciatura Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica, 124 p.

FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, tr por Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, España: Editorial Trata, 990 p.

FLORIAN, Eugenio (1982). De las pruebas penales. 3º ed., Bogotá Colombia: Editorial Temis, 493 p.

FOUCAULT, Michael (2003). La verdad y las formas jurídicas. 2º ed., Barcelona, España: Editorial Gedisa S.A, 191 p.

GUZMÁN, Nicolás (2006). La verdad en el proceso penal, una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto s.r.l., 212 p.

HABERMAS, Jürgen (2001). Teorías de la verdad. Madrid, España: Editorial Cátedra, 230 p.

HOUED, Mario; SÁNCHEZ, Cecilia; FALLAS, David. (1998). Proceso penal y derechos humanos. 1º ed., San José, Costa Rica: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 171 p.

ISSA, Henry. Notas aclaratorias sobre la diferencia ente los tipos "allanamiento ilegal" y "violación de domicilio" en el proceso penal costarricense, 22 p.

LLOBERT RODRÍGUEZ Javier. (2003). Proceso Penal Comentado. 2º ed, San José, Costa Rica: Editorial Continental, 369 p.

MAIER, Julio (1996). Derecho procesal penal, fundamentos. Tomo I, 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Editores del puerto s.r.l. 918 p.

MORA MORA, Luis Paulino (1999) "La independencia del juez en la jurisprudencia de la sala constitucional costarricense". Anuario iberoamericano de justicia constitucional, ISSN 1138-4824, (3) 407-426 p.

MORA MORA, Luis Paulino. (1997). Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. En reflexiones sobre el nuevo proceso penal 2 º ed., San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica 1096 p.

MORA MORA, Luis Paulino. (2007) Garantías Derivadas del Debido Proceso: En derecho Procesal Penal Costarricense, 1º ed., San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1096 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2003). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi. 121 p.

ROJAS SANCHEZ, Jorge (2000).La gran reforma procesal. El principio de libertad probatoria. San José, Costa Rica: Editorial Guayacán, 358p.

SALAZAR MURILLO, Ronald (2000). Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales. 1º ed., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 371p.

VELEZ MARICONDE, Alfredo (1969).Derecho procesal penal. Volumen I, 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Editorial Lerner 439 p.

VELEZ MARICONDE, Alfredo (1969).Derecho procesal penal. Volumen II, 2º ed., Buenos Aires, Argentina: Editorial Lerner 542 p.

WARREN, Samuel (1995).El derecho a la intimidad. Madrid, España: Editorial Civitas, S.A, 73 p.

Tesis.

MUÑOZ CON, Carolina (2002).El allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales. Tesis de licenciatura Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica 241 p.

MELENDEZ SANCHEZ, Xinia María (2002).Principio de verdad real en el derecho costarricense. Tesis de licenciatura Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica, 145 p.

Artículos de Revistas.

SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel (2004).Resabios Inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense. En revista de Ciencias Penales (22): 13.

MIRANDA ESTRAMPE, Manuel (2004). La valoración de la prueba penal, según las reglas de la sana critica. Revista Ventana Jurídica, (1) El Salvador 148 p.

Tratados:

Convención americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Leyes.

Constitución Política de la República de Costa Rica (2004), 20 ed., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones jurídicas S.A.

Código de Procedimientos Penales (1992) ,6 ed., San José, Costa Rica: Editorial Porvenir.

Código Procesal Penal (2005), 10 ed., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Penal (2004), San José, Costa Rica: Editorial Publicaciones Jurídicas.

Código Procesal Civil (2004) ,12 ed., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Civil (2004), San José, Costa Rica: Editorial Publicaciones Jurídicas.

Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones (2000), San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Ley Orgánica del Poder Judicial (2002), 8 ed., San José, Costa Rica: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A.

Jurisprudencia**Sala Tercera de la Corte:**

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 42 de las 4:05 del 1 febrero 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 30 de las 9:25 hrs del 1 de agosto del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 48 de las 10:10 hrs del 27 de enero del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 39 de las 8:45 hrs del 4 de febrero del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 65 de las 9:30 hrs del 1 de febrero del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 80 de las 9:25 hrs del 13 febrero del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 84 de las 9:15 hrs del 8 febrero del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 70 de las 8:45 hrs del 11 de febrero del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 88 de las 9:30 hrs del 8 de febrero del 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 124 de las 9:25 hrs del 4 de febrero del 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 95 de las 15:50 hrs del 15 de febrero del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 111 de las 9:49 hrs del 20 de febrero del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 120 de las 9:55 hrs del 15 de febrero del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 165 de las 9:40 hrs del 11 de marzo del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 177 de las 9:43 hrs del 23 de junio del 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 170 de las 9:50 hrs del 11 de marzo del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 211 de las 11:15 hrs del 18 de marzo del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 247-F de las 9:25 hrs del 1 de julio de 1994.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 244 de las 9:10 hrs del 30 de marzo de 1998.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 243 de las 9:20 hrs del 19 de marzo del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 245 de las 11:45 hrs del 14 de marzo del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 287 de las 10:10 hrs del 26 de marzo del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 256 de las 8:45 hrs del 8 de abril del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 280 de las 10:30 hrs del 21 de marzo del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 267 de las 8:55 hrs del 29 de marzo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 298 de las 9:45 hrs del 3 marzo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 298 de las 8:50 hrs del 28 marzo del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 369 de las 9:00 hrs del 6 de mayo del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 349 –F de las 9:20 hrs del 30 de diciembre de 1994.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 370 de las 9:05 hrs del 6 de mayo del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 363 de las 10:20 hrs del 3 de mayo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 344 de las 10:40 hrs del 2 abril del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 420 de las 10:27 hrs del 30 de agosto del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 394 de las 9:55 hrs del 5 de mayo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 424 de las 10:55 hrs del 12 de mayo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 481 de las 16:06 hrs del 28 de setiembre del 2001.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 515 de las del 7 de junio del 2002.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 475 de las 16:50 hrs del 24 de mayo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 499 de las 8:40 hrs del 2 junio del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 522 de las 9:30 hrs del 8 de mayo del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 583 de las 10:15 hrs del 11 julio del 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 572 de las 9:35 hrs del 2 de junio del 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 604 de las 9:30 hrs del 24 de julio del 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 631 de las 10:30 hrs del 31 julio de 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 655 de las 16:20 hrs del 2 de junio del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 664 de las 9:35 hrs del 21 junio del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 685 de las 15:00 del 12 de agosto del 2003.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 677 de las 10:35 hrs del 20 de junio del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 723 de las 9:05 hrs del 1 de julio del 2005

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 678 de las 10:50 hrs del 20 de junio del 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 699 de las 9:40 hrs del 23 de junio del 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 763 de las 9:15 hrs del 27 de junio del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 805 de las 10:20 hrs del 10 agosto del 2007.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 813-f-96

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 907 de las 9:10 hrs del 21 de setiembre del 2001.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 957 de las 9:40 hrs del 19 agosto del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 965 de las 9:50 hrs del 13 de agosto del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 984 de las 11:35 hrs del 26 de agosto del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1021 de las 9:15 hrs del 13 de octubre del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1115 de las 11:05 hrs del 4 de febrero del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1120 de las 9:00 del 29 de setiembre del 2000.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1132 de las 9:25 hrs del 23 de noviembre del 2001.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1115 de las 10:45 hrs del 9 de setiembre del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1146 de las 9:20 hrs del 10 de octubre del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1158 de las 8:20 hrs del 17 de noviembre del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1182 de las 15:15 hrs del 20 de noviembre del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1188 de las 9:45 hrs del 21 de octubre del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1237 de las 9:00 hrs del 29 de octubre del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1275 de las 10:25 hrs del 21 de marzo del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N° 1301 de las 10:15 hrs del 12 diciembre del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1304 de las 10:35 hrs del 21 de diciembre del 2006.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1400 de las 10:50 hrs del 3 de diciembre del 2004.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 1504 de las 16:25 hrs del 22 de diciembre del 2005.

SALA TERCERA DE LA CORTE, resolución N°, 2114 de las 14:46 hrs del 13 de febrero del 2008.

Tribunal de Casación Penal.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, resolución N° 500 de las 9:15 hrs del 15 mayo del 2007.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, resolución N° 563 de las 10:20 hrs del 8 junio del 2004.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, resolución N° 596 de las 9:40 hrs del 26 junio del 2003.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, resolución N° 802 de las 2:50 hrs del 26 julio del 2007.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, resolución N° 69 de las 9:24 hrs del 24 de enero del 2008.

Sala Constitucional:

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N°1115 de las 11:05 H del 4/2/2005.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 1567 de las 2:54 H del 16/2/2005.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 1336 de las 9:40 hrs del 22 de octubre de 1999.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 1366 de las 10:35 hrs del 29 de octubre de 1999.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 340 de las 10:10 hrs del 31 de marzo del 2000.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 342 de las 10:20 hrs del 31 de marzo del 2000.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 934 de las 9:30 hrs del 24 de octubre del 2003.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 256 de las 8:45 hrs del 8 de agosto del 2005.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 7531 de las 15:45 hrs del 12 de octubre de 1997.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 4727 de las 9:24 hrs del 3 de julio de 1998.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 8649 de las 17:40 hrs del 21 de mayo del 2008.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N°8998 de las 17:57 hrs del 29 de mayo del 2008.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 9007 de las 18:06 hrs del 29 de mayo del 2008.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 17935 de las 17:35 hrs del 11 de diciembre del 2007.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 1261 de las 15:30 hrs del 9 de octubre de 1999.

SALA CONSTITUCIONAL, resolución N° 15063 de las 15:59 hrs del 1 de noviembre del 2005.

Otros tribunales de casación.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN, resolución 178 de las 12:15 del 23 marzo 2007.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SANTA CRUZ, resolución 75 de las 8:30 hrs del 23 abril 2008.