UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

ANÁLISIS DE LOS RESABIOS INQUISITIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996, QUE AFECTAN EL DERECHO DE DEFENSA EN LA ETAPA DE JUICIO

TESIS DE GRADUACIÓN SOMETIDA A LA CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR DEL SISTEMA DE DOCTORADO EN DERECHO DE LA ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES, PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE: DOCTOR EN DERECHO

HANNIA SOTO ARROYO

SAN JOSÉ, COSTA RICA
2007

Tabla de contenido

ABREVIATURAS *5*

GLOSARIO *6*

RESUMEN *9*

SUMMARY *10*

ANÁLISIS DE LOS RESABIOS INQUISITIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996, QUE AFECTAN EL DERECHO DE DEFENSA EN LA ETAPA DE JUICIO *11*

I. INTRODUCCIÓN *12*

1. Antecedentes del problema 14

2. Justificación del Problema 15

3. Formulación del problema y sub problemas: 16

4. Objetivos Generales y Específicos 17
   4.1 Objetivo General 17
   4.2 Objetivos Específicos 17

5. Alcances y limitaciones 18
   5.1 Limitaciones 18
   5.2 Alcances 18

II. MARCO METODOLOGICO *19*

1. Tipo de investigación 19

2. Sujetos y fuentes de información 22

3. Población y muestra 22

4. Definición conceptual 22

5. Definición Operacional 25

6. Definición Instrumental 25

III. MARCO TEORICO *26*

1. Marco Teórico 26

2. Estado de la cuestión 29
   Capítulo I 31
   Desarrollo histórico del derecho de defensa en el proceso penal costarricense 31

1. El Código de Carrillo de 30 de julio de 1841 31

2. El Código Procesal Penal de 1910 38

3. El Código de Procedimientos Penales de 1973 45

4. El Código Procesal Penal de 1996 54
   4.1 Regulación del Derecho de Defensa en el Código Procesal Penal de 1996 55
   4.2 El Derecho de Defensa en la Etapa de Juicio 63
   Capítulo II 69

El Derecho de Defensa y su contenido 69

1. Concepto de Derecho de Defensa 69

2. Contenido del Derecho de Defensa 76
2.1 El ser asistido por un defensor de su confianza 76
2.2 Ser intimado de los hechos que se le imputan 84
2.3 Acceso a la prueba 89
2.4 Abstenerse de declarar o rendir declaración 94

3. Derecho de Defensa Técnica 97

4. Derecho de Defensa Material 107

5. Los derechos de la víctima frente al Derecho de Defensa del Imputado 113
5.1. El papel actual del ofendido en el Proceso Penal 114
5.2 Los derechos de la víctima. 119
Capítulo III 123
Sistemas de persecución procesal penal y el proceso penal en Costa Rica. 123

1. Sistema Acusatorio 123
1.1 Concepto de sistema de persecución penal Acusatorio 127
1.2 Tratamiento del Derecho de Defensa en el sistema Acusatorio 129

2. Sistema Inquisitorio 132
2.1 Concepto de sistema de persecución penal Inquisitorio 135
2.2 El derecho de defensa en el sistema Inquisitorio 140

3. Sistema Mixto. 142
3.1 Concepto de sistema de persecución penal Mixto 146
3.2 El derecho de Defensa en el sistema Mixto 148
Capítulo IV 151
El derecho de Defensa como un Derecho Fundamental en la Jurisprudencia 151

1. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 151
1.1 El Derecho de Defensa como Derecho Fundamental 152
1.2 Alcances del Derecho de Defensa para la Corte Interamericana de Derechos Humanos 154

2.La posición de Sala Constitucional costarricense 180
2.1 Derecho de Defensa como Derecho Constitucional 183
2.2 Alcances del Derecho de Defensa en la Jurisprudencia constitucional 184
Capítulo V 199
Resabios Inquisitivos del Código Procesal Penal de Costa Rica en la fase de Juicio 199

1. La ampliación de la Acusación Fiscal, contemplada en el numeral 347 del Código Procesal Penal 208
1.1 La ampliación de la acusación fiscal 212
1.2 Limitaciones al Derecho de Defensa 215
1.3. La víctima frente a la propuesta de reforma del artículo 347 del Código Procesal Penal 235

2. La posibilidad de interrogar por parte del Tribunal de Juicio, establecido en el artículo 352 de Código Procesal Penal. 237

2.1 La búsqueda de la verdad 237
2.2 El papel del Juez en el juicio oral y el interrogatorio 241
2.3 El derecho de defensa ante el interrogatorio del juez 246
2.4 El interrogatorio del juez y los derechos de la víctima. 258
3. La Prueba para mejor proveer, conforme con el artículo 355 del Código Procesal Penal. 258
3.1 El ofrecimiento de prueba para mejor proveer 260
3.2 La defensa ante la prueba para mejor proveer 265
3.3 La víctima ante la reforma del artículo 355 del Código Procesal Penal. 277
IV. CONCLUSIONES *279*
V. BIBLIOGRAFIA *290*

ABREVIATURAS

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Constitución Política

CPP: Código Procesal Penal

LJC: Ley de Jurisdicción Constitucional

GLOSARIO

Acusación: La acusación es el acto procesal mediante el cual el Ministerio Público o el querellante adhesivo, en su caso, reclama del Juez Penal, la apertura del Juicio Oral y Público. Este acto tiene como finalidad hacer conocer la pretensión punitiva del Estado o de la víctima, dirigida contra el imputado; y, como contenido central, la fundamentación de la pretensión, con la expresión de los elementos de convicción. (Kohn; 2000, p. 54)

Derecho de Defensa: Definido por Carocca (1998 p.18), como "posibilidad de responder a la demanda o acto en el que se formula la solicitud de declaración del derecho por la persona contra la cual se dirige aquella o, en general, contra la que se solicita la declaración del derecho…", el derecho de defensa consiste en una serie de acciones que puede ejercer el imputado en el proceso penal para garantizarse el respeto a sus intereses y su condición de acusado.

Imparcialidad (Principio de Imparcialidad): Principio procesal que exige al juez ejercer su función de manera objetiva, neutral y equitativa, en aras de respetar el derecho de las partes de someter el conflicto al conocimiento de un juez sin interés personal alguno en el mismo. (Véase Campos (2005), Sanabria (2004) y Llobet (2005, T.II)

Imputación: "El contenido de la imputación no puede ser otra cosa sino la descripción del delito que constituye la materia de la sospecha. Y puesto que el delito es un hecho jurídico, o sea un hecho conforme al supuesto de una norma jurídica, el contenido de la imputación se resuelve en la afirmación de que una persona (imputado) ha cometido un hecho previsto por una norma penal. Exactamente, pues, tal contenido se escinde en tres partes: a) afirmación de un hecho; b) afirmación de un supuesto penal; c) afirmación de conformidad del hecho con el supuesto penal." (Carnelutti, 1950, p. 9)

Interrogatorio de Oficio: Facultad del Tribunal de interrogar a los testigos y peritos en la fase de debate, criticada por presentar contradicciones con el principio de Imparcialidad. (Así Campos (2005) y Sanabria (2004).

Juicio (Debate; Contradictorio): "…Etapa plena y principal del proceso penal; en realidad, todo el sistema procesal penal pivota sobre la idea y la organización del juicio. Así mismo, sólo es posible comprender cabalmente un sistema procesal si se lo mira desde la perspectiva o desde la atalaya del juicio penal", (Binder , 1993a, p. 233), que se caracteriza por ser oral, público y contradictorio.

Proceso Inquisitivo: Vélez Mariconde (1982, T.II, pp. 99), define el Proceso Inquisitivo de la siguiente manera: "Abolida la acusación y publicidad del proceso, el juez actúa de oficio y en secreto, asentando por escrito las declaraciones testificales. Aunque éstas eran notificadas posteriormente al reo, aún se le ocultaba el nombre de los testigos. Desde entonces (*inquisitio* significa pesquisa que se cumple por escrito y secretamente, y al término de la cual se dicta la sentencia), el proceso cambia fundamentalmente de fisonomía: lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna una lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución," definición que resume los más significativos rasgos de este sistema procesal.

Proceso Acusatorio: Sistema procesal penal que se caracteriza por lo siguiente: la acusación le correspondía a una persona distinta del juez, en primer lugar al ofendido y a sus parientes; no hay juez sin acusador; rige la igualdad entre las partes y el contradictorio; se garantiza el derecho de defensa del imputado; el tribunal ejerce un papel pasivo de árbitro entre la disputa entre el acusador y el imputado ; el juicio es oral y público, rige el principio de libertad probatoria; se

establecía la instancia única; el juzgamiento se hacía por tribunal popular. (Llobet; 2005, T.I, pp. 69-72).

Proceso Mixto: Uno de los aspectos fundamentales del procedimiento mixto es la combinación de aspectos del procedimiento inquisitivo y mixto, de modo que la etapa de instrucción se rige por caracteres predominantemente inquisitivos, siendo limitadamente contradictoria y secreta para terceros, mientras la etapa de juicio es conforme a caracteres principalmente acusatorios, rigiendo la oralidad, la publicidad y la inmediación, lo mismo que el contradictorio. (Leone, 1963,T.I p. 27).

Prueba para mejor Proveer: La potestad de ordenar prueba para mejor resolver se encuentra en el artículo 355, como una medida de carácter excepcional, cuando las revelaciones resultantes del debate hagan necesario conocer la información que podrían suministrar nuevos testigos, peritos, documentos, etc. Puede ser ordenada esta prueba a petición de parte o de oficio. (Dall´Anese. 1996, p. 681)

RESUMEN

La presente investigación presenta un análisis del desenvolvimiento del derecho de defensa en la legislación costarricense, amparado en la doctrina nacional e internacional, la normativa constitucional y procesal penal y la jurisprudencia que sobre este tema han producido los tribunales de la materia. Este derecho fundamental resulta afectado por un conjunto de normas que, reguladas en la etapa de Juicio, rompen con el derecho a la imputación que tiene el acusado y con la imparcialidad a la que está obligado el juzgador, poniendo en duda el ejercicio absoluto de la defensa como garantía procesal y el espíritu acusatorio del proceso penal costarricense.

SUMMARY

The present final work presents an analysis of the improvement of the defense as a rigth in costarican legislation, in use of nacional and internacional doctrine, internal laws and the court´s resolutions about the specifics. This human right results to be negatively affected by several articles present in penal process of law, in trail, that allows acting against the right to know the penal charges and the right to be prosecuted by an imparcial judge. This situation indeed questions total respect to Defense as a guarantee, a human right, and also the accusatory spirit of Costa Rica´s penal process.

ANÁLISIS DE LOS RESABIOS INQUISITIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996, QUE AFECTAN EL DERECHO DE DEFENSA EN LA ETAPA DE JUICIO

La inquietud sobre la investigación de este tema nace de la observación de la práctica de los Tribunales de Juicio, amparados en la legislación procesal penal, de llevar a cabo actos procesales sin entrar a analizar si los mismos afectan el derecho de defensa del imputado. Esto lleva a la trasgresión de algunos principios básicos del derecho de defensa, sometiéndose a estudio tres aspectos trascendentales que, a nuestro criterio, ponen en tela de duda el respeto del citado derecho. Estos tres aspectos, considerados resabios inquisitivos presentes aún en el Código Procesal Penal de 1996, se manifiestan legalmente en la fase de debate, por lo cual es este el estadio procesal sobre el que se hará referencia en esta investigación.

I. INTRODUCCIÓN

El primero de enero de 1998, entra a regir en Costa Rica el nuevo Código Procesal Penal, el cual viene a suplantar al Código de Procedimientos Penales de 1973. Instruido por los principios procesales de Justicia Pronta y Cumplida, Oralidad, Legalidad, Imparcialidad y Objetividad, Devolución del Conflicto a las partes, las Garantías del Debido Proceso en general y el Derecho de Defensa, regulados en los artículos 1 al 15 del Código Procesal Penal, y estructurado bajo una fuerte influencia de los principios acusatorios, la nueva legislación procesal penal plantea un proceso dividido en cuatro fases.

La Etapa Preparatoria, contemplada a partir del artículo 274, está a cargo por completo del Ministerio Público y de la Policía Judicial. En esta, es el ente fiscal el que determina si debe darse curso a la acción penal, a raíz de la noticia criminis recibida. Con la colaboración del Organismo de Investigación Judicial, se recolecta la prueba y de llegarse a tener indicios suficientes, se procede a intimar al acusado, el cual, desde los primeros actos de la investigación en que su nombre se vea envuelto, tiene derecho a patrocinio letrado y a conocer el contenido de cada uno de estos actos procesales propios de las pesquisas del ente fiscal.

Inicia en esta fase del proceso el ejercicio del derecho de defensa. El juez de garantías participa en los actos de investigación que impliquen afectación a algún derecho fundamental, como la infracción autorizada al domicilio, a las comunicaciones o intervenciones corporales. Pero el juez, en principio, ya no cuenta, como en la legislación procesal anterior, con poderes de investigación y consecución de la prueba. El juez y el acusador son ahora, en respuesta a los principios del proceso acusatorio, sujetos procesales distintos, como se aprecia en el artículo 277 inc. 2 del CPP.

La Etapa Intermedia, que da inicio con la presentación de la Acusación y Solicitud de Apertura a Juicio del Ministerio Público ante el juez, y en la que se puede hacer presente el querellante y actor civil, se desarrolla por medio de la Audiencia Preliminar (art.318 CPP), en la cual se ha de definir, con la presencia de las partes, si la causa que se ha presentado ante el juez debe ir o no a debate, o si ha de aplicarse alguna medida alterna al proceso penal.

Una audiencia escrita previa dada al defensor (artículo 316 ibidem) permite que esta parte procesal conozca la imputación de que es sujeto, aporte la prueba de descargo que considere oportuna para el imputado, y cuestione, de ser factible y prudente, la prueba de cargo con la que el Ministerio Público y el querellante, en caso de haberlo, plantean sus respectivas acusaciones.

Al igual que en la etapa de investigación, se presume que el juez no debe intervenir en las propuestas de las partes, siendo un juez imparcial y objetivo el que determinará si se eleva a juicio el caso. En garantía del derecho de defensa, la imputación y la prueba con que el acusado se ha encontrado en esta fase del proceso y contra la cual ha ejercido los derechos que la ley procesal prevé, son las mismas con la que afrontará la etapa del plenario, el juicio. La etapa de juicio es la siguiente, y luego de esta, la de Ejecución de la Pena (art.452 CPP), en la cual se vela por la forma en que se ha de ejecutar la sentencia resultante del debate, según el papel de los interesados.

Una serie de recursos a los que tienen derecho las partes se pueden interponer en el momento procesal oportuno, según la etapa en la que se encuentre la causa, los cuales se encuentran regulados en el Libro Tercero del Código Procesal.

Volviendo a la Etapa de Juicio, a partir del numeral 324 del Código Procesal está desarrollada normativamente para que el debate sea oral y público como medio de control del juez y de la administración de justicia en general, con las garantías del derecho de defensa, imparcialidad del juez comunidad de la prueba, inmediatez, contradicción y celeridad procesal.

El Juicio, que es el objeto de estudio de esta investigación, hace énfasis en el respeto al derecho de defensa que normativamente se da en la misma, y en aquellas normas que, por su sustancia y por los poderes que recibe el juez, afectan el ejercicio del derecho de defensa en el contradictorio.

Como se aprecia, se pretendía en Costa Rica que el Proceso Penal variara de un proceso de corte inquisitivo, en el cual la investigación estaba en manos del juez incluso en la fase de

debate, a un proceso con alta influencia de los principios acusatorios, en el cual la acción penal y su resultado en debate dependen exclusivamente de las partes.

A pesar de ello, tres institutos jurídicos presentes en el debate, a saber, la ampliación de la pieza acusatoria, el interrogatorio por parte del tribunal y la prueba para mejor proveer ordenada por el tribunal, son ajenos al espíritu del Código Procesal Penal, ya que permiten que sea el juez quien intervenga en la averiguación de la verdad real de los hechos, papel, que, como ya se indicara, corresponde a las partes.

Si el ejercicio del derecho de defensa en el Código Procesal de 1996 se ve afectado por estas disposiciones legales de la etapa de juicio, es el punto a discutir y resolver en la presente investigación. Este, un derecho fundamental, y su contenido, así como su relación e interacción con los resabios inquisitivos de la fase de juicio ya mencionados, son el centro sobre el que versará el desarrollo doctrinario que aquí se plantea.

1. Antecedentes del problema

El Proceso Penal de Costa Rica, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el primero de enero de 1998, se caracteriza por ser de orden garantista y de corte acusatorio, lo que hace se establezca la existencia y obligatoriedad de acatamiento de los derechos fundamentales y garantías procesales en todas las etapas del Proceso Penal, limitando la actuación del juez en la investigación y facilitando a las partes, acusadora y acusada, su labor para participar en la administración de justicia.

Uno de estos derechos fundamentales y garantía procesal, el derecho de defensa del imputado, el cual se ejerce en respuesta a la acción de la maquinaria estatal en su contra, no es ajeno al cambio que se presentara con la legislación de 1996.

La creación de la nueva normativa procesal pretendió depurar el proceso al que se somete el imputado y su encuentro con el resto de los sujetos procesales, al punto de evitar a toda costa que se violen sus derechos. Es el derecho de defensa, con todas sus aristas, aquel que se vela en mayor forma, pues, además de estar contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana

de Derechos Humanos y el artículo 39 de la Constitución Política, el Código Procesal Penal le reserva, entre otros, el artículo 82. Superando al Código de Procedimientos Penales de 1973, la nueva legislación procesal penal puntualiza las aristas del ejercicio del derecho de defensa, reconociendo de manera positiva los alcances de su ejercicio, tanto por el imputado en la causa como por su defensor,

Sin embargo, la trasgresión a este derecho y su ejercicio está latente en tres supuestos de la ley positiva y enmarcados en la fase de debate: la posibilidad de ampliación de la acusación que hace el Ministerio Público conforme al numeral 347 del Código Procesal Penal; la autorización del interrogatorio por parte del Tribunal, conforme al numeral 352 y la incorporación de prueba de oficio, según los artículos 355 y 362 , tres resabios inquisitivos en este cuerpo legal, que dejan de lado la participación plena de la defensa, considerada desde el punto no solamente legal, sino con los contenidos que la doctrina y la jurisprudencia le han brindado en Costa Rica, en la figura, por ejemplo, de las resoluciones de la Sala Tercera y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resulta contradictorio entonces, no solo a la línea de pensamiento procesal que sigue el CPP de 1996, sino a los esfuerzos nacionales por el respeto a los derechos fundamentales, que el proceso penal, en la etapa de juicio, contemple normas que ponen en entredicho este avance y novedad procesal y el garantismo del que se hace gala, dada la desconsideración en cuanto a los efectos sobre el ejercicio del derecho de defensa esa etapa procesal. Así, se cuestiona entonces el giro que pretende dar la legislación nacional en cuanto al proceso penal y su democratización se refiere.

2. Justificación del Problema

Cuando de un estado democrático de derecho se trata, la igualdad de oportunidades para todos los participantes en el sistema legal debe darse sin cuestionamiento o limitación alguna. El proceso penal, ante el cual el individuo se enfrenta a la posibilidad de que se le sancione por la comisión de algún delito, no escapa a la necesaria igualdad de oportunidades, sino que es quizá uno de los procesos estatales que denota la mayor intervención estatal y en el cual se pueden ver como resultado, minado el derecho a la libertad.

Es por esto que el derecho de defensa, derecho fundamental reconocido en la legislación nacional e internacional, surge como punta de lanza frente a la industria estatal de la justicia penal, siendo el ejercicio de este la posibilidad del acusado como parte del proceso, de ser escuchado y que se le atiendan sus reclamos.

Al tomar en cuenta las acciones pertinentes en juicio, según los numerales 347, 352, 355 y 362 dentro del Código Procesal Penal, se deja en desventaja a las partes, especialmente a la defensa, frente a la intervención del juez en la investigación. Por ello, estas normas podrían impedir que se alcancen los fines garantistas del proceso y su ejercicio contraviene el derecho fundamental desde la misma ley positiva, punto sobre el cual estriba la importancia del estudio de este tema, no solo porque se iría en contra del espíritu garantista del Código Procesal Penal, sino porque se violentaría de manera abierta y en la fase oral del proceso penal, el derecho de defensa, vedándose entonces la posibilidad del ejercicio pleno de este derecho fundamental, el cual, por esta solo naturaleza, prevalece sobre la acción del estado y las políticas criminales que se tengan en boga en este u otro momento histórico.

3. Formulación del problema y sub problemas:

Con base en lo anterior, el problema que se plantea en esta investigación es *¿Existen supuestos de corte inquisitivo dentro de la normativa que regula la etapa de juicio que afectan el ejercicio del derecho de defensa*?. A partir de este problema se pretende analizar la normativa de la etapa de juicio del proceso penal, en cuanto a la ampliación de la Acusación en Juicio, el interrogatorio por parte del Tribunal y la incorporación de prueba para mejor proveer, en comparación con el Derecho de Defensa, a fin de poner de manifiesto si se vulnera este derecho y proponer reformas de ley que faciliten que la etapa de juicio se realice de conformidad con los supuestos de este derecho.

Como resultado, son sub problemas los siguientes: *¿Se respeta en la regulación procesal penal del juicio el derecho de defensa?¿Es la ampliación de la Acusación, conforme al numeral 347 del CPP un resabio inquisitivo? ¿Es el interrogatorio del tribunal, con base en el artículo 352*

del CPP un resabio inquisitivo?¿ Es la prueba para mejor proveer, reguladas en los numerales 355 y 362 del CPP un resabio inquisitivo del CPP?

4. Objetivos Generales y Específicos

4.1 Objetivo General

Es uno el objetivo general de esta investigación:

Analizar los resabios inquisitivos que se mantienen en la etapa de juicio y la forma en que afectan el Derecho de Defensa.

4.2 Objetivos Específicos

Son objetivos específicos de esta investigación analizar

La participación del imputado y su defensor en la etapa de Juicio, frente a la ampliación de la Acusación Fiscal, como resabio inquisitivo que afecta el Derecho de Defensa, contemplada en el numeral 347 del Código Procesal Penal

La participación del imputado y su defensor en la etapa de Juicio en cuanto a la posibilidad de interrogar por parte del Tribunal, como resabio inquisitivo que afecta el Derecho de Defensa, establecido en el artículo 352 de Código Procesal Penal.

La participación del imputado y su defensor en la etapa de Juicio en relación con la incorporación de prueba para mejor proveer de oficio, como resabio inquisitivo que afecta el Derecho de Defensa, según los artículos 355 y 362 del Código Procesal Penal.

5. Alcances y limitaciones

5.1 Limitaciones

Respecto al Derecho de Defensa, esta investigación no cuenta con limitaciones de corte doctrinario o jurisprudencial, pues las fuentes para la exposición de los contenidos en la etapa de juicio son amplias, tanto a nivel de doctrina, legislación y jurisprudencia nacional como internacional

Sobre los puntos a investigar en cuanto a la ampliación de la acusación, el interrogatorio por parte del juez y la prueba para mejor proveer, igualmente existe un buen número de obras, artículos, y opiniones para consulta y cita.

Además del estudio de la doctrina que informa el Derecho de Defensa, se hará referencia a la jurisprudencia producida por la Sala Tercera, el Tribunal de Casación Penal y Sala Constitucional, con el ánimo de exponer los criterios que rigen tras ocho años de ejercicio del Código Procesal Penal.

Se complementará la investigación con la comparación entre la jurisprudencia producida sobre los supuestos contemplados en los numerales 352, 355 y 362 del CPP y el trato doctrinario y legislativo que se da respecto a los mismos y al derecho de Defensa.

5.2 Alcances

Esta investigación se realiza con el fin de poner de manifiesto que la existencia de instituciones de carácter inquisitivo, en la etapa de juicio del Proceso Penal, afectan el ejercicio adecuado y pleno del Derecho de Defensa del imputado.

Una vez que se logre la información, un propuesta de lege ferenda sin duda alcanzará los intereses del sistema judicial y jurídico en general de velar por las garantías procesales del imputado en el juicio oral, para legitimar su posición de parte activa y actuante en el proceso penal.

II. MARCO METODOLOGICO

1. Tipo de investigación

Esta es una investigación cualitativa, no experimental, exploratoria y descriptiva.

Es investigación de carácter cualitativo ya que intentará describir y explicar la existencia de resabios inquisitivos en la etapa de juicio del Código Procesal Penal de 1996 y su ingerencia sobre el ejercicio del derecho de defensa. Tal como asegura Sierra Bravo (1985, p.30), el *enfoque cualitativo* "se orienta a descubrir el sentido y significado de las acciones sociales", lo que traducido al contenido de esta investigación, hace referencia a la etapa de juicio en la legislación procesal penal, donde se presenta el fenómeno de la existencia de algunas normas que por su naturaleza y contenido, afectan un derecho fundamental, sea, el derecho de defensa.

A su vez, la determinación de la existencia de resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal, tales como la ampliación de la acusación en juicio, el interrogatorio por parte del Tribunal y la incorporación de prueba nueva, y la afectación de los mismos al ejercicio del Derecho de Defensa, da lugar a una investigación de corte *no experimental*, ya que no hay posibilidad de control de las variables de esta investigación, sean la ampliación de la acusación en juicio, el interrogatorio de los jueces en esta etapa procesal y su disposición sobre la prueba, ya se trabajará doctrina y con casos que la jurisprudencia ya ha resuelto, sino porque, además, estas variables ya están dadas en la realidad, en las normas del Código Procesal Penal y están fuera del control del investigador.

Tenemos que "en la investigación no experimental se observan *y* y una o varias *x* ya sea antes, después o en forma concomitante a la observación de *y*. No existe diferencia en la lógica básica: puede demostrarse que la estructura del argumento y su validez lógica son iguales en la investigación experimental, y la no experimental. El propósito básico de ambas es también el mismo: establecer la validez empírica de los llamados planteamientos condicionados de la forma "si *p* entonces *q*": la diferencia esencial es el control de *p*, la variable independiente. En la

investigación experimental, *p* puede ser manipulada..." (Kerlinger, 1988, p. 394), en tanto que, en la investigación no experimental, no hay tal variable independiente que se pueda manejar.

Sobre la posibilidad de control de variables, indica la doctrina que "en la investigación no experimental, el control directo no es posible: ni la manipulación experimental ni la asignación aleatoria pueden usarse. Estas son dos diferencias esenciales entre el enfoque experimental y el no experimental,. Debido a la falta de control directo relativo de *x* y otras posibles *x*, la "verdad" de la relación hipotética entre *x* y *y* no puede investigarse con la confianza de la situación experimental. Básicamente, la investigación no experimental tiene, por así decirlo, una desventaja inherente: la falta de control de las variables independientes" (Kerlinger, 1988, p. 395)

Así, no hay posibilidad de control sobre cuándo y por qué razones se realizará una ampliación de acusación, preguntará un juez u ordenará prueba nueva, sino que, en esta investigación, doctrinariamente demostraremos la improcedencia de estas tres actuaciones judiciales amparadas en la letra de la ley procesal y su incidencia en el proceso penal y en el derecho de Defensa. No hay posibilidad alguna de realizar control de las mismas de manera directa, pues los casos de la jurisprudencia ya son dados.

En segundo término, esta investigación es de *corte exploratorio*, ya que, salvo las investigaciones mencionadas en la parte del estado de la cuestión, no se ha realizado estudio alguno que muestre los resabios inquisitivos presentes en la etapa de juicio y su relación con la afectación al derecho de defensa el ámbito nacional, por lo que se pretende explorar y exponer de manera exhaustiva estos puntos en relación al derecho de defensa y su afectación en la etapa de juicio.

No se debe olvidar que, de acuerdo con Hernández Sampieri y otros, (2002, p.116).

> "los estudios exploratorios sirven para familiarizarnos con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular, investigar problemas del comportamiento humano que consideren cruciales los profesionales de determinada área, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones o postulados"

Esta definición arroja los elementos principales que hacen de esta investigación el ser exploratoria: el fenómeno desconocido, sobre el que se desea obtener información, es precisamente, la afectación del derecho de defensa en aras de la aplicación de los artículos 347 del Código Procesal Penal, que contempla la ampliación de la acusación en Juicio, el artículo 352 del mismo cuerpo legal que permite el interrogatorio por parte del juez y el numeral 355 y 362 en cuanto a la prueba traída de oficio.

No debe perderse de vista que "*las investigaciones exploratorias pueden tener carácter descriptivo o explicativo a ambos a la vez. Lo que las distingue es su carácter provisional, no definitivo, en cuanto se realicen para obtener un primer conocimiento del campo donde se piensa realizar una investigación definitiva*," (Sierra Bravo, 1985, p. 29) investigaciones definitivas, que sin duda tendrán la presente como punto de partida en varios campos: derecho de defensa, carácter del Proceso Penal costarricense, papel del Ministerio Público en la fase de juicio, etc.

Esta investigación es *descriptiva*:

> "Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis (Danhke,1989). Miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a analizar. Desde el punto de vista científico describir es recolectar datos...Esto es en un estudio descriptivo se seleccionan una serie de cuestiones y se mide o recolecta información sobre cada una de ellas, para así (válgase la redundancia) describir lo que se investiga" (Hernández Sampieri y otros, 2002, pp. 117-118)

Lo que se describirá son las aristas que contempla el ejercicio del derecho de defensa en juicio, las resabios inquisitivos presentes en esta etapa procesal, en específico la ampliación de la acusación fiscal, la posibilidad del juez de realizar interrogatorio y la prueba ordenada de oficio, así como la afectación que estos tres supuestos crean al derecho de defensa, con vista en la ley, la doctrina y la jurisprudencia

Una propuesta de lege ferenda que se realizará, con el ánimo de erradicar los resabios inquisitivos en esa etapa procesal, se dará como aplicación de los resultados de la investigación.

2. Sujetos y fuentes de información

Son fuentes de información las fuentes bibliográficas con que se cuenta, tomando en cuenta el acceso a las Bibliotecas del Poder Judicial, Universidad de Costa Rica, Escuela Libre de Derecho, Universidad Estatal a Distancia, así como las bibliotecas personales de profesionales en la materia que han ofrecido su colaboración. La legislación nacional e internacional son también fuentes de consulta y aplicación.

A nivel jurisprudencial, se citarán criterios de Sala Constitucional, Sala Tercera de Casación Penal y Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

No hay sujetos de información puesto que no habrá uso de entrevista, sino exclusivamente análisis de la doctrina, jurisprudencia y legislación sobre este tema.

3. Población y muestra

No se va a realizar estudio de campo.

4. Definición conceptual

Se trabaja con tres variables, a saber:

4.1 *La Ampliación de la Acusación en Juicio como resabio inquisitivo del Código Procesal Penal que afecta el derecho de Defensa en la etapa de juicio*: La pieza acusatoria del Ministerio Público es la intimación formal última que se le realiza al imputado en la etapa intermedia del proceso y con la cual se le llevará a juicio. Conforme al artículo 347 del Código Procesal penal, una vez iniciado el debate, procede la ampliación de la acusación fiscal en caso de que se presente un hecho nuevo o la posibilidad de un delito continuado. En tal sentido señala Llobet (1998, p. 697)

> "En el nuevo código no es necesario que el hecho nuevo convierta el hecho en agravado, de modo que puede ser que en definitiva lo que ocurre es que lo que se estime por el Ministerio Público o el querellante que el hecho es diverso del acusado.

> Se parte en cuanto a ello que el cambio en cuanto al hecho tiene un carácter esencial de modo que debe procederse a la ampliación de la acusación y a darle audiencia a la defensa, todo para no afectar el derecho a la inviolabilidad de la defensa...”

Sin embargo, y a pesar de la audiencia que se da a la defensa y la posibilidad de que la misma pida un plazo para preparar la defensa, ofrezca prueba y realice los actos que considere prudentes para velar por los derechos de imputado, la ampliación de la pieza acusatoria no deja de ser sorpresiva para el imputado y su defensor; se realiza en la etapa procesal de alta importancia, el juicio plenario, momento para el cual ya han pasado tiempo y actos que permiten a la defensa establecer sus mejores condiciones en el proceso, planear estrategias de defensa, etc. Una nueva intimación en debate, implica toda una variación a destiempo, de los planteamientos de la defensa.

4.2 *El interrogatorio del juez en la etapa de Juicio como resabio inquisitivo del Código Procesal Penal que afecta el derecho de Defensa*: El interrogatorio del juez en la etapa de juicio, conforme con el numeral 352 del Código Procesal Penal, se ha de realizar posterior a que las partes interroguen. Esta facultad del juez se ha considerado como un resabio inquisitivo en la etapa de juicio en el tanto “un juez de corte acusatorio escucha y revisa la prueba oral y documental aportada por las partes, sus alegatos y luego resuelve lo pertinente” (Sanabria, 2004, p. 135). Esto significa que, en un proceso donde son las partes las que deben exponer al juez a la prueba y presentarla de tal forma que prueben su punto, el juez no ha de intervenir con el interrogatorio a peritos y testigo, pues “ si el juez, luego de escuchar a estos órganos de prueba, así como los interrogatorios formulados por los restantes sujetos procesales, tiene alguna duda, lo propio es ordenar al absolutoria a favor del imputado, con fundamento en el principio in dubio pro reo...” (Sanabria, 2004, p. 135).

Puede afirmarse, entonces, que la intromisión del juez en la evacuación de la prueba testimonial y pericial lo pone en función de instructor de la causa y no de juzgador, por lo que actúa conforme al sistema inquisitivo y no al sistema acusatorio que propone el Código Procesal Penal. Esta intromisión del juez pasa por alto los intereses de la defensa, quien no solo ha de enfrentarse a las tesis del Ministerio Público, sino a las tesis que maneje en su interrogatorio el juez “imparcial” que a su vez dictará sentencia. No en vano afirma Campos (2005, p. 64) que “gran agravio a la estrategia de la defensa han producido las preguntas del juez durante el juicio;

y cuando se ha ejercido el derecho de oposición, casi todas las objeciones se han denegado, ya que resulta que el mismo juez objetado es quien califica la procedencia o improcedencia de la inconformidad", dejándose así a la defensa desarmada ante el poder del juez de decisión. Es, por ende, este fenómeno del que se trata cuando se hace referencia al interrogatorio del juez.

4.3 *La prueba para mejor proveer, como resabio inquisitivo del Código Procesal Penal que afecta el derecho de Defensa*: Establece el artículo 355 del Código Procesal Penal que " 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" (Código Procesal Penal, 1996, art. 355). La incorporación de prueba en esta etapa procesal, es considerada un resabio inquisitivo, ya que el juez asume un papel de traer la prueba al debate, lo cual no le corresponde sino a las partes en la etapa procesal oportuna, e incluso en la etapa de juicio. Así, " ordenar la prueba de oficio es reflejo del principio de instrucción, en virtud del cual al juez interesa la averiguación de la verdad real, de modo que no está limitado al ofrecimiento del Ministerio Público y las otras partes." (Dall´Anese, 1996. p. 682). En igual sentido, el artículo 362 del CPP establece que "Si el tribunal estima durante la deliberación, absolutamente necesario recibir pruebas nuevas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate…".

Así, al ordenar el juez prueba para mejor proveer en el debate, el mismo desnaturaliza su función, la cual es atender al planteamiento que el ente investigador, Ministerio Público, y el ente investigado, imputado, y tomar una decisión. Esta intromisión en la investigación por el juez crea desconcierto en la defensa, puesto que el juez investiga y decide cuando del mismo solo se espera lo segundo. Tal y como señala Rojas (2001, p. 86) "… en un sistema democrático y garantista, el Juez de Juicio debe comportarse como un conocedor del derecho, pero que ante todo, se cubre con el velo de la imparcialidad". Si el juez enmienda los errores probatorios del proceso cometidos por las partes, no cumple a cabalidad con su función y estará afectando con su actuación a la parte para la cual la prueba aportada le es negativa.

5. Definición Operacional

Se medirán las variables de la siguiente manera

La valoración sobre la afectación del derecho de defensa, (sea, el derecho del imputado de ser asistido por un defensor de su confianza y la preparación de la defensa de manera completa, el derecho del imputado de conocer los hechos que se le acusan, el acceso a la prueba y el derecho del imputado a abstenerse de declarar o rendir declaración) por la ampliación de la acusación en juicio acorde con el artículo 347, el interrogatorio del juez y la prueba para mejor proveer, contemplados en los artículos 352, 355 y 362 del Código Procesal Penal se realizará de la siguiente manera: con vista en el estudio doctrinario, legal y jurisprudencial de los alcances del derecho de defensa en el proceso penal, se valorará la pertinencia de que la ley positiva de pie a la ampliación de la acusación, la prueba para mejor proveer ordenada de oficio y el interrogatorio judicial en la etapa de debate.

Estos tres institutos se analizarán también a la luz del doctrina y la legislación, y se hará referencia a su tratamiento en la jurisprudencia de la Sala Tercera de Casación Penal, la Sala Constitucional y el Tribunal de Casación penal, por ser estos tres tribunales los que dictan las interpretaciones y aplicaciones a seguir en la ley procesal penal.

6. Definición Instrumental

La valoración de la ampliación de la acusación en juicio, el interrogatorio judicial y la incorporación de prueba de oficio se hará por medio de análisis de textos.

III. MARCO TEORICO

1. Marco Teórico

Para la presente investigación, se ha de desarrollar, en primer término, el concepto de Derecho de Defensa, el cual, a nivel general se puede definir en la doctrina - Carocca (1998, p. 18), se tiene como la

> posibilidad de responder a la demanda o acto en el que se formula la solicitud de declaración del derecho por la persona contra la cual se dirige aquella o, en general, contra la que se solicita la declaración del derecho, bien puede decirse que actualmente es reconocida en todos los ordenamientos con mayor o menor extensión , con una u otra fórmula técnica de implementación, como requisito esencial para la válida constitución de un proceso.

Así, el derecho de defensa previene la respuesta al ataque por parte del acusador, como es el caso de la defensa en materia procesal penal. Siendo esta última la que interesa en esta investigación, el derecho de defensa en materia penal se presenta desde el inicio de la investigación hasta la fase de ejecución penal. La evolución de este derecho desde el año de 1841, con el Código General de Carrillo, hasta el actual Código Procesal Penal de 1996, se verán en el capítulo primero.

Hoy, dentro del proceso penal, la doctrina costarricense, en los autores Fernandino y Porras (1996, p. 293), estima que

> por ser el imputado aquel sujeto hacia quien se dirige el ejercicio de la acción penal, por lo que hace se ocupe una posición de inferioridad e impotencia frente a todo el aparato punitivo con que cuenta el Estado, se le garantiza en forma expresa su facultad de participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo en las más delicadas, es decir, aquellas en las que se producirán los elementos probatorios que servirán de base no solo en la acusación sino también a la ulterior sentencia que resolverá definitivamente la situación.

Los contenidos de este derecho se contemplan en el artículo 82 del CPP de 1996, listado que no es único y cerrado, sino, *numerus apertus*. Sus implicaciones y alcances, se examinarán

en el capítulo segundo, así como la diferenciación entre defensa material (aquella realizada por el imputado) y defensa técnica, sea la que lleva a cabo el asesor letrado del imputado.

El capítulo tercero hará una descripción extensa sobre los sistemas procesales penales que se han registrado en la historia, por supuesto, que han sido aplicados en Costa Rica. Estos, de manera general son el proceso inquisitivo, el cual se caracterizaba por aspectos como la intervención del juez en la investigación, ser, como indica Llobet (2005, T I, p. 79) "escrito, secreto y no contradictorio, siendo el imputado tratado no como un sujeto procesal, sino como un mero objeto", y en general, el irrespeto a los derechos del imputado.

El proceso acusatorio, el otro extremo de la balanza, prevé un juez ajeno a la investigación, un ente acusador distinto al juez, y un proceso en el cual, indica Sanabria (2004, p. 125), "el juez se limita a escuchar la prueba ofrecida por las partes, así como sus argumentos, a partir de los cual toma una decisión".

Por último, el sistema mixto, llamado también inquisitivo reformado o acusatorio formal, se define como una mezcla de las características de los dos anteriores, dentro del cual, afirma Llobet (2005, T. I, p. 105), se encuentra el proceso penal costarricense actual, ya que el mismo "debido a que mantuvo el principio de investigación autónoma del juzgador, aún cuando trató de resaltar el carácter excepcional de esta, no puede ser catalogado dentro de un sistema acusatorio".

El capítulo cuarto se detendrá en el trato que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Sala Constitucional, han hecho sobre el derecho de defensa, sus alcances y limitaciones, con el ánimo de analizar el criterio de ambos entes y su influencia en el ejercicio de este derecho.

El capítulo quinto versará sobre el análisis de los tres resabios inquisitivos de la fase de juicio en el proceso penal actual:

La *Ampliación de la Acusación en Juicio,* no tratada hasta ahora como un resabio de esta naturaleza, está contemplada en el artículo 347 del CPP, en el cual se estipula que, en la fase de

jucio, y una vez iniciado este, procede la ampliación de la pieza fiscal en caso de que se presente un hecho nuevo o la posibilidad de un delito continuado.

Siendo que el debate es una fase importante ya que, (LLobet, 2005, T.I, p.164) "en el juicio oral es donde rigen tres principios fundamentales del proceso penal, que son los de inmediación, oralidad y publicidad", principios que permiten al imputado y la defensa tener contacto directo con la prueba, cuestionarla y oponerse a la misma, así como dar a conocer la prueba de descargo, de manera abierta y pública la ampliación de la acusación en esta fase procesal puede poner a la defensa en desventaja para con el ente acusador.

El artículo 352 del CPP permite al tribunal realizar preguntas a los testigos y peritos en debate. Por este interrogatorio del juez, afirma Campos (2005, p. 64) "gran agravio a la estrategia de la defensa han producido las preguntas del juez durante el juicio; y cuando se ha ejercido el derecho de oposición, casi todas las objeciones se han denegado, ya que resulta que el mismo juez objetado es quien califica la procedencia o improcedencia de la inconformidad", dejándose así a la defensa desarmada ante el poder del juez de decisión. Es, por ende, este fenómeno del que se trata cuando se hace referencia al interrogatorio del juez.

Los numerales 355 y 362 del CPP contemplan la *prueba para mejor proveer*, la cual consiste en prueba que, ya en la fase de juicio, ordena el juez de oficio o solicitan las partes en aras de promover sus respectivas tesis. En este estudio, es de interés la *prueba ordenada de oficio por el juez,* desde la perspectiva en la cual el juez no ha de tomar cartas en la investigación y con ello, dejar en posición de desventaja al imputado y su defensor. Afirma Rojas (2001, p. 86), que "el juez, desde su postura imparcial, no está obligado a enmendar los yerros o desaciertos en que puede incurrir la representación del Ministerio Público" y menos aún, dejar en indefensión al imputado al convertirse el juez en parte investigadora y sentenciadora con la prueba que ordena.

2. Estado de la cuestión

En la doctrina nacional no se he encontrado un estudio de la naturaleza del presente, pues solo algunas publicaciones en revista han tratado los aspectos inquisitivos del CPP, tales como el interrogatorio del juez y la prueba para mejor proveer, más desde la perspectiva del juez y su función imparcial y no desde la afectación al derecho de defensa.

Por ejemplo, en la Revista de la Defensa Pública # 1, de octubre del 2001, el Dr. Manuel Rojas Salas, publica el artículo "La prueba para mejor proveer en el juicio oral", en el cual analiza este tema desde la perspectiva del juez, del Ministerio Público y de la defensa, más sin entrar a desarrollar las afectaciones que esto provoca en el ejercicio del derecho de defensa.

Posteriormente, en el año 2004, se realizó, por el Dr. Rafael Sanabria Rojas, en la Revista de Ciencias Penales # 22, año 16 de septiembre 2004, el artículo titulado "Resabios Inquisitivos en el Código Procesal Penal costarricense" el cual toca el tema del interrogatorio judicial, pero no así la posibilidad de la ampliación de la acusación en Juicio y relaciona esto con la función del juez y no con la del defensor y su representado.

El Lic. Federico Campos, publica en noviembre del año 2005, en la Revista de Ciencias Penales, el artículo "La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio: consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense", el cual desarrolla la oficiosidad de la prueba para mejor proveer y el interrogatorio del juez desde una perspectiva acusatoria, y haciendo breve mención de las afectaciones de las mismas al derecho de defensa, más no se desarrollan los alcances de este ni tampoco el autor especifica sobre los distintos supuestos del mismo, siendo que este no fue el tema de su escrito.

Sobre la ampliación de la acusación en debate, no se ha encontrado doctrina nacional al respecto. Si debe señalarse que la Unidad de Capacitación del Ministerio Público, recopila en el año 2005 la Antología para el curso para fiscales sobre formulación de la acusación, la cual, como ya se ha indicado, contiene una serie de documentos útiles para la función, tales como jurisprudencia, una guía para la formulación de las acusaciones, etc. Más este libelo no es un

análisis como tal, del instituto de la ampliación de la acusación en debate ni tampoco de su afectación al derecho de defensa.

Así mismo, sobre el derecho de defensa en el CPP de 1996, el libro nacional "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal" contiene el artículo de los autores Ferrandino y Porras "La Defensa del Imputado" y breves referencias al papel de la defensa en el artículo "Los principios fundamentales que informan el Código", del Dr. Luis Paulino Mora Mora.

El Dr. Javier Llobet Rodríguez, con la publicación en el año 2005 de los dos tomos de su obra "Derecho Procesal Penal", apunta diversos aspectos sobre el proceso penal costarricense, su historia, principios que lo rigen, etc. Trata, sin duda, algunos puntos sobre el proceso inquisitivo y el papel de la defensa en el CPP de 1996.

Es entonces evidente que la presente investigación doctoral toca una temática poco tratada en la doctrina nacional, el interés de estudiar la afectación al derecho de defensa en la etapa de juicio por las normas de corte inquisitivo, cuya relación y contraposición serán tratadas y a analizadas.

Capítulo I

Desarrollo histórico del derecho de defensa en el proceso penal costarricense

El derecho de defensa es considerado un derecho fundamental irrenunciable en el actual sistema procesal penal costarricense. Los alcances del mismo han variado a lo largo de la historia en nuestro medio, reflejado, como es de suponer, en los cuerpos legales que normativizan el proceso penal.

El análisis de la evolución histórica del derecho de defensa se realizará a partir de la normativa de 1841 con el llamado Código General o Código de Carrillo, el primero en su clase en nuestro país, hasta el Código Procesal Penal de 1996, que es sobre el cual, en su etapa de juicio, versa este estudio.

Iniciará esta investigación con un análisis detallado del tratamiento que se le ha dado al derecho de defensa en los diferentes modelos procesales que se han aplicado en Costa Rica.

1. El Código de Carrillo de 30 de julio de 1841

El llamado Código de Carrillo, creado en ley del 30 de julio de 1841, era un Código General que contemplaba las normas procesales y de fondo del derecho civil, derecho penal y derecho de familia, como un intento de regular estas materias en la naciente sociedad costarricense. De ahí que se afirme que "en nuestra historia del derecho, merece especial tratamiento este cuerpo legal, dada su trascendental importancia en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico" (Herrera, 1974, p. 32).

Independientemente de que no se regulara en un cuerpo de normas aparte el proceso penal, el Código de Carrillo recoge, dentro de las limitaciones doctrinarias propias de la época, una serie de medidas procesales para con el imputado que revelan un trato procesal objetivizado y traído a menos en el proceso.

Históricamente no se ha determinado a qué persona o grupo de personas se le debe atribuir la preparación del mismo, a pesar de que la nomenclatura con la que se le conoce, hace suponer que el ex dictador Braulio Carrillo fue quien tuvo participación activa en la creación del mismo. Afirma a este respecto Antillón (1994, p. 17):

> …no se conocen con claridad y exactitud las circunstancias que rodearon el proceso de preparación y redacción del Código General de 1841: no hay certeza acerca de las personas que intervinieron en ella: Carrillo declara haber sido él mismo quien compuso todo el Código, divido en una primera parte civil, una segunda parte penal y la tercera Procesal…

Sin embargo, y no por dejar de lado la importancia de su autor, compete centrar la atención sobre los fines que se perseguían con la elaboración del Código: la finalidad del nacimiento a la vida jurídica del Código de 1841 es clara. La organización del manejo social tras la declaración de independencia requiere con urgencia normas positivas a las que recurrir, por lo que sin duda, indica Antillón (1994, p.18)

> …desde un punto de vista estimativo, el Código General aparece como un esfuerzo para racionalizar la vida social y económica del país, con el propósito de organizar y asegurar el sistema en beneficio de la clase gobernante y, no en último lugar, en beneficio del propio Carrillo: no contiene, obviamente solo una respuesta punitiva (control preventivo y conducción de la masa jornalera y explotación de las energías laborales de los más vulnerables)…

La criminalidad no es la excepción a los aires de cambio y renovación. El tratamiento del Código General a la parte penal y procesal penal muestra mano fuerte con los criminales, con penas que reflejan prevención especial, y un proceso penal con garantías mínimas o ausentes para el imputado. Así señala Antillón (1994, p. 18) que

> …la parte penal del Código es técnicamente muy defectuosa y casuística: su orientación punitiva es retribucionista y se apoya prevalentemente, si nos atenemos a su tenor literal, en las penas privativas de libertad… Conserva la pena de muerte para muchos delitos (incluyendo los llamados delitos contra la religión católica); establece como agravante o atenuante, en su caso, la mayor o menor instrucción del sujeto, prevé una indemnización a favor del imputado declarado inocente en la sentencia, a cargo de su acusador o denunciante, o del juez o fiscal que hubieren actuado con malicia o negligencia…

Esto, sin duda, obedece a políticas criminales de una época de nacimiento de una nueva sociedad, con lo que se pretendía, contrario a lo que se conoce hoy día, aplicar retribuciones directas contra lesiones directas causadas por el imputado, en ánimo de limitar la criminalidad en lo posible.

Propiamente, en cuanto al proceso penal, el Código establece una fase de investigación de la causa, llevada a cabo por el Juez penal, la cual finalizaba en el plenario con reo presente o con reo ausente, según fuera el caso.

El trato al reo, en la fase inicial de proceso, implicaba la posibilidad de ser sometido a medios de retención más allá del encierro en caso de ser necesario. El artículo 734 daba la posibilidad de encadenamiento del reo, la aplicación de grilletes o incluso el cepo, según lo tuviera a bien el juez y por valoración de su comportamiento: "734. Si el reo fuere notoriamente malvado, o convencido de fuga, o sorprendido en ella, podrá ser asegurado en el cepo o con grillos, o cadenas, por orden del juez", valoración sujeta a criterios meramente subjetivos de ¿la autoridad judicial acaso?, y ante los cuales no se contempla posibilidad de oposición o manifestación en contra de ningún tipo. Probablemente, este era la antesala de las torturas que recibiría el reo para que diese su confesión.

La primera declaración formal del reo, en la que tiene uso de su derecho de defensa, es tomada por el juez, en la que además se establecen una serie de preguntas taxativas que no han de faltar, tal y como lo disponían los artículos 805 y 806:

> 805. En el acto mismo en que se ordenare el arresto de una persona, si es posible, y cuando no, dentro del improrrogable término de cuarenta y ocho horas recibirá el juez del reo indiciado la declaración indagatoria sin cargos, ni juramento.
>
> 806. Al reo en su declaración, después de interrogársele por su nombre, domicilio, edad estado y profesión, se harán todas las preguntas conducentes a la averiguación del hecho, entre las cuales no se omitirán nunca las siguientes: 1ª. Donde estuvo el día y hora en que se cometió el delito: 2ª en compañía de quien: 3ª de que hablaron: 4ª si sabe quien ha cometido el delito

La participación activa del juez en el interrogatorio del imputado, haciendo preguntas a su antojo, sin defensa presente y sin derecho a guardar silencio ante el juez, muestran un trato al

imputado como objeto procesal, así como una reveladora función investigativa del juez, que deja de lado consideraciones de imparcialidad al momento de impartir justicia.

El nombramiento de defensor para el imputado estaba contemplado en el artículo 843, en el que se hacía diferencia entre el imputado mayor de edad y el menor, dándose a entender, por el imperativo del nombramiento, que el derecho de defensa era irrenunciable. En el caso de la persona mayor de edad, existía la posibilidad de la autodefensa: " artículo 813. Se nombrará también al reo menor un defensor para que lo proteja y defienda; y el mayor, cuando se niegue a nombrarlo él, y no puede por sí defenderse."

El derecho de defensa en esta fase procesal está limitado al nombramiento de defensor, sin que se estipule cuál es su función y la prerrogativas de que goza por ser el representante del imputado. De igual manera, si el reo optaba por defenderse a sí mismo, no se establecía si este debía conocer en alguna forma la letra de la ley o tener estudios en la materia, así como tampoco hay criterios expresos sobre las posibilidades que esto le permite dentro del proceso. No se garantiza tampoco la comunicación expresa con la defensa, el acceso a la prueba o al menos la irrenunciabilidad del derecho de defensa, ya que, no se estipulan cuales son aquellos casos en que el reo no puede defenderse a sí mismo, si esto responde a criterios académicos, físicos, etc.

En la fase del juicio plenario, se contaba con la presencia del defensor, nombrado conforme al artículo 843.

> 843. El juicio plenario empezará, cuando más, a las cuarentaiocho (sic) horas de pronunciado el auto motivado, en audiencia pública y con precisa asistencia del defensor, que deberá haber nombrado el reo en la diligencia de notificación del auto motivado, conforme el artículo 813 capítulo 2º de este título…

Sin embargo, a pesar de estar dentro de los cánones procesales el tener defensor, al mismo se le impedía comparecer a la declaración del imputado, lo que resulta contradictorio, ya que esta indagatoria o confesión era la oportunidad del acusado para manifestarse al respecto de los cargos en su contra, momento crucial en el cual no podía contar con su patrocinio letrado.

Igual resulta contrario a la lógica el que el defensor no estuviera presente, ya que aquellos casos en que el mismo imputado se defendía a sí mismo, este si tenía representación en la indagatoria. Disponía así el artículo 845 que "Al acto de la confesión no estará presente el defensor, ni otras personas que el Juez y el escribano, ó dos testigos en falta de este…", sin posibilidad de que el imputado, por estar su defensor ausente, consultare con el mismo alguna táctica de defensa, prueba pertinente para la misma o al menos confirmara que los hechos que se investigaban en su contra tuvieran prueba que los sustentara. Ajeno a estas posibilidades, el reo no tendría, en muchos casos, más opción que confesar.

La confesión del reo sobre la comisión de los hechos daba fin inmediato a la causa y obviamente paso libre a la aplicación de la sanción correspondiente al delito, sin lugar para cuestionar la imposición de esta pena y sin representación del defensor: " artículo 848. Si el reo confesare terminantemente el delito, la causa se tendrá por concluida; y solo habrá lugar a oírle sus escusas (sic) o defensas: esto mismo se observará en cualquier estado de la causa en que haga igual confesión". No se requería, por ende, dar por sentada, con otras pruebas, que la confesión fuese verdadera, lo que, en un momento histórico como este, en el que se daba la tortura y la privación de libertad como regla y no excepción, la confesión resultaba talvez la salida más rápida con tal de detener vejaciones físicas.

Una vez dada la confesión, el imputado contaba con la posibilidad de ofrecer prueba a su favor, conforme con el numeral 849, situación que pudiera resultar útil en caso de que el delito se cometiera por alguna razón justificante, la cual podría ser ratificada por los testigos. Pero si la confesión era plena prueba, el ofrecer prueba posterior no significaría que sería evacuada necesariamente.

Estos testigos serían interrogados por las partes y el juez, con vista en el interrogatorio que las partes hubieren presentado de previo:

> 852. Señalado el término dará el Juez la orden de comparecencia de los testigos, entregándola al acusador, ó al defensor del reo, según convenga, dejando diligencia firmada por el interesado en la causa. Presentados al examen, se hará este con las formalidades del artículo 808 cap.2º de este tit.º, por el interrogatorio que al efecto habrán presentado el acusador si lo hubiere, el ministerio fiscal cuando intervenga,

> ó el reo ó el defensor: el Juez puede hacerles además las preguntas que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos…

Sobre la posibilidad del juez de poder interrogar para aclarar los hechos con preguntas conducentes, no se menciona si podía ser impugnada por las partes o al menos por el defensor, por lo que el juez sigue siendo un investigador activo de la causa penal. Al menos, el reo, por su parte, podía dirigir preguntas, previamente formuladas, a los testigos, lo que podía operar en su contra si no contaba con patrocinio letrado.

Variaba la situación si el acusado no confesaba el hecho o lo hacía de manera parcial. Gozaba del derecho de confrontar a los testigos e interrogarlos, con la ayuda de su defensor, en ejercicio de su derecho de acceder a la prueba de cargo y de descargo, según los artículos 853 y 856:

> 853. Cuando el reo se negare a confesar, se practicará lo prevenido en los tres artículos anteriores: si negare algunos hechos y confesare otros se le harán los cargos conducentes, y se le preguntará si quiere carearse con los testigos; y si absolutamente estuviere negativo, se le preguntará si quiere que se ratifiquen los testigos. En uno y otro caso se practicará la confrontación, o ratificación en el término de pruebas, señalándose el dia y en audiencia pública, á la cual asistirán el reo ó reos, debidamente custodiados y sus defensores respectivos, el acusador ó fiscal y testigos

> 856. El reo y su defensor podrán dirigir al acusador y a los testigos las preguntas y reconvenciones que juzguen necesarias á la defensa, durante toda la diligencia del plenario

En estos casos, al menos, se permitía acceder a la prueba de cargo por medio del careo, e interrogar cuando se considerara pertinente. Pero esto no implica por sí solo un acto de respeto al derecho de defensa, pues si el imputado no contaba con patrocinio de un abogado capacitado, o si había tenido problemas de comunicación con el mismo, las posibilidades de dirigir un interrogatorio útil a la defensa eran pocas, lo que lo dejaría indefenso ante la prueba de cargo.

Por último, previo al dictado de la sentencia, se entregaba el legajo al acusador y luego al defensor para que presentara sus alegatos finales, y dictar sentencia en audiencia pública:

> 878. Devueltos los autos por el acusador, serán entregados inmediatamente al defensor del reo para su defensa, la que deberá presentar en el mismo término. Si fueren muchos los reos, tendrá cada defensor los autos veinticuatro horas.
>
> 879. A los tres días cuando mas de la devolución de autos por el defensor del reo, se celebrará , previa citación, la audiencia pública, á la que concurrirán el acusador, el reo si lo pidiese, su defensor, y el fiscal en caso de haberlo

Surge la duda de las facilidades de defensa en aquellos casos en que el imputado no contaba con defensor, se defendía a sí mismo y estaba privado de libertad. De tener acceso al legajo, y contar con conocimientos mínimos como la capacidad de leer y escribir, es factible que sus alegatos no se dieran a entender para el juez, lo que le impediría defenderse materialmente y se garantizaría una condena en su contra. Probablemente, el reo que contaba con defensor, corría mejor suerte.

A partir del artículo 951 se establece el llamado Juicio con reo ausente, el cual permitía en llevar a cabo el juicio ordinario aún en ausencia del encartado, dejando con esto de lado la posibilidad de que el mismo se comunicara con el defensor y planearan en conjunto una estrategia de defensa y ofrecimiento de prueba de descargo.

> 951.Si concluida la instrucción y declarado haber lugar á formación de causa, no pudiere ser habido el reo, ni se supiese su paradero, se le llamará por un solo edicto y pregón, señalándole el término perentorio de nueve días para que se presente

Tal y como en el juicio ordinario, el defensor tiene acceso a los testigos, lo cual, sin haberse comunicado con el imputado, sin duda resulta inútil para ejercer la defensa de este último, ignorándose entonces en este caso, como en el anterior, toda posibilidad de defensa material para el imputado:

> 959. Siendo el juicio ordinario, el Juez llamará a los testigos para ratificaciones y demás diligencias del plenario, el cual tendrá lugar con los mismos trámites y

> formas establecidas para el juicio ordinario con reo presente, con asistencia del acusador o del fiscal si los hubiese, y el defensor del reo

En este tipo de proceso, se admitía que la familia nombrara defensor al reo ausente, lo que si bien le garantizaba alguna presencia en el proceso, resulta impráctico para sus intereses por la incomunicabilidad entre defensor y defendido: "artículo 961.Será también lícito a los parientes ó amigos, nombrar defensor al reo ausente, pidiendo por escrito al Juez".

Se puede concluir, en cuanto al derecho de defensa en el Código General de 1841, que este se limitaba a la presencia del defensor en parte del proceso penal, sin que se reconociera la posibilidad de asesorarse debidamente con el mismo por parte de imputado, de contar con su presencia a todo lo largo del proceso, y por si fuera poco, el patrocinio letrado no era proveído por el estado como defensa de oficio o defensa pública, sino solo se estipulaba que se le nombraría uno al acusado, más sin aclarar la forma de darle este cargo y las obligaciones que del mismo derivan. Prácticamente, la confesión de los hechos era la única forma de establecer la posibilidad de alguna oportunidad para el acusado y no se garantizaba el derecho de abstención. Tampoco se indica cómo se asignaba defensa al imputado que la necesitara y si se exigía al abogado designado algún tipo de deberes para con su representado.

2. El Código Procesal Penal de 1910

Para el año de 1910, se dicta un Código de procedimientos penales como pieza normativa independiente, que reguló el proceso penal y la participación de los actores en el mismo. Sobre la autoría del mismo se señala que "el proyecto que dio lugar al Código del Procedimientos Penales del 3 de agosto de 1910, fue encomendado a José Astúa Aguilar y a Luis Anderson Morúa, los que tomaron como base el Código de Panamá" (LLobet, 2005, T I, p.120)

El proceso en sí era de corte inquisitivo, dada la importancia del juez por encima de la partes en la investigación y resolución de la causa penal y dejaba al imputado en una clara posición de desventaja con respecto a la maquinaria judicial que lo investigaba y llevaba a debate, de igual manera que se diera en el Código de 1841.

Llobet (2005, T I, p. 121) critica este cuerpo legal en los siguientes términos:

> El Código Procesal Penal de 1910 era claramente violario de los derechos del imputado. La realización del proceso de manera escrita hacía que el procedimiento fuera interminable, permaneciendo el imputado mientras tanto en prisión. El procedimiento escrito producía además una despersonificación del imputado, ya que los jueces juzgaban no a personas sino simples expedientes, unido a que no se garantizaba el derecho de defensa, puesto que la investigación era secreta, tolerándose la intervención del defensor en etapas muy avanzadas y admitiéndose la condena en rebeldía.

Con esta fuerte introducción, el Código de 1910 entonces no vino a resolver las carencias del mandato anterior, en relación con el derecho de defensa, sino que las asienta aún más en el proceso penal. Algunos puntos específicos sobre el tratamiento del derecho de defensa en esta parte de la historia del proceso penal costarricense los veremos a continuación.

Se daba al imputado la posibilidad de tener defensor en el proceso, más sin valorar la posibilidad de la existencia de intereses opuestos entre varios imputados en la misma causa. Solo se permitía un defensor para todos los imputados, salvo que alguno de ellos se consiguiera, aparte, su propio patrocinio:

> Artículo 35: Aún cuando el procedimiento se dirigiera contra más de un reo y ya se trate de delito simple o complejo, todos los procesados deben estar representados por un solo defensor, a menos que alguno de ellos manifieste por modo expreso su voluntad de proveer separadamente su defensa, por sí, o por medio de un personero

Esta limitación a los imputados no solo resultaba discriminatoria y contraria a un principio de igualdad, sino que, al no poder tener diversos abogados con diversas tesis de defensa, las posibilidades de ejercer su derecho en su favor resultaban escasas.

Siendo que el proceso era escrito, toda actuación del imputado por sí o por medio de su defensor de hacía de esta manera. La prueba que ofreciera la defensa era recabada por el juez a su antojo, sin que mediare norma alguna en cuanto a la pertinencia de esta:

> Artículo 171: No son permitidos en el sumario ni debates, ni defensas; más el indiciado por sí o por medio de defensor, puede apersonarse en el expediente con el objeto de ofrecer pruebas, las cuales, así como las que solicitare el Ministerio

> Público, serán recibidas cuando el juez las creyere convenientes. En ellas se dará intervención al proponente, si el funcionario instructor estimare que tal intervención no demora el curso ni perjudica el éxito de las investigaciones

La prueba se evacuaba entonces con la venia del juez, pudiendo entonces limitar este, a su antojo, no solo el acceso de la misma en el proceso sino el contacto de la parte proponente con la misma. La pertinencia de la prueba y la intervención de la parte en la recepción de esta prueba, obedecía a criterios antojadizos del juez, sin que se garantizara en momento alguno la amplitud probatoria que sugiere el derecho de defensa.

Ante el rechazo de una prueba, conforme con el artículo 172, se podía presentar apelación, la cual no necesariamente al ser declarada con lugar obligaba a que se recabara la misma, pues una vez que se hubiere dictado el auto de enjuiciamiento o sobreseimiento, tocaba al tribunal de segunda instancia ver si resulta o no conveniente conocer de la prueba.

En caso de darse diligencias de inspección, los indiciados en la causa podían asistir, más siempre quedando a criterio del juez, y bajo los límites de este, el poder consignar en las actas por parte de los mismos cualquier observación prudente. No se exigía en el código que el juez fundamentara cualquier restricción a la participación de las partes en este u otro acto similar.

Esta traba a las manifestaciones de la parte acusada sin duda crean una barrera al ejercicio de su derecho de defensa desde la investigación, momento en el cual aún no contaba con defensor: “Artículo 189: Los indiciados podrán concurrir a tales diligencias y hacer al juez las observaciones que creyere oportunas las que se consignarán, si tuvieren relación con el hecho que se averigua.”

Una vez detenido el acusado y sin la presencia de defensor, se procedía con el interrogatorio al mismo por parte del juez, bajo juramento, y sin derecho de abstención:

> Artículo 248: El juez interrogará a los inculpados las veces que lo considere conveniente para la averiguación y esclarecimiento de los hechos; aquellos podrán, de su parte, rendir declaración en cualquier momento en que lo estimen necesario, y el Tribunal la recibirá si tuviere relación con la causa…

> Artículo 250: Los inculpados declararán bajo promesa de decir verdad, y el Juez los exhortará a que sean veraces y a que respondan clara y precisamente a las preguntas que se le hicieren

La ausencia del derecho de abstención es sumamente criticable, así como su obligación de decir verdad. Estos dos estadios implicaban entonces que algo debía contestarse al juez cuando preguntara, respuestas que podrían ser negativas para la situación jurídica del imputado. El declarar bajo juramento traía consigo, además, que en caso de que el imputado mintiese y esto se descubriera, eventualmente podría verse sometido a una sanción más fuerte.

La representación de un defensor se da hasta después de la declaración indagatoria del detenido. Si el imputado no podía nombrar un letrado en derecho que le asesorara, se le proveía de oficio:

> Artículo 266: Concluido el acto de la declaración se hará saber inmediatamente al procesado la causa de su detención; se dictarán acerca de esta las medidas conducentes, y se le hará conocer el derecho que tiene de nombrar defensor, si no lo hubiere hecho con anterioridad, así como que podrá hacerlo en el mismo acto si lo estimare conveniente.

> Artículo 267: Cuando el acusado no quiera o no pueda defenderse por sí, deberá constituir un defensor al efecto; si no lo hace después de requerido por el Juez para ello, se le nombrará de oficio.

Al igual que en la legislación de 1841, la declaración sin la presencia del defensor era contraria a la naturaleza de la participación de este letrado en el proceso. Si ya la manifestación inicial del imputado se ha dado bajo la fe del juramento y sin derecho de abstención, el defensor no podía hacer gran cosa para la estrategia de defensa del imputado.

Pese al corte inquisitivo y poco garantista del CPP del 1910, al menos se respetaba la comunicación entre imputado y su defensor, máxime que el imputado se mantenía detenido:

> Artículo 274: El defensor tiene derecho a ver diariamente a su defendido, sometiéndose en todo caso a los reglamentos de las cárceles u otros lugares de detención, sin que puedan ser fiscalizadas las conferencias que ambos tuvieren.

Aún cuando quedaban sujetas a la valoración del juez, las comunicaciones no le eran vedadas a los detenidos,

> Artículo 334: El juez autorizará, en cuanto no perjudique los fines del sumario, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso; pero en ningún caso se le impedirá la libertad de escribir a los funcionarios del orden judicial, ni a otras autoridades de la República, sobre su defensa, o bien denunciando abusos o procedimientos que se observen en su perjuicio y que se estimen ilegales

La confesión tenía validez de plena prueba, por lo que era competencia del juez lograr la misma por parte del encartado de la manera más completa posible, y sin presencia del defensor. Señala Llobet (2005, T. I, pp. 124-125) que

> … no se garantizaba el derecho de abstención de declarar, sino más bien se pretendía incentivar el allanamiento a los cargos, enfatizándose las ventajas de la confesión sincera. Se procuraba la obtención de la confesión, la que daría lugar en definitiva a que se prescindiera del plenario, procediéndose al dictado de la sentencia condenatoria…

Sin duda medios de tortura física y psicológica eran utilizados para obtener confesiones y terminar rápido con el proceso, lo cual no era observado más que por el juez y practicado por la policía, pues el defensor no asistía al acto de tomar declaración al encartado.

El acto en que se daba la confesión está estipulado en el artículo 385 y siguientes:

> Artículo 385: Una ves ejecutoriado el auto de enjuiciamiento, el Juez procederá a tomar al reo la confesión, haciéndole todos los cargos que resulten de la causa y las reconvenciones que se tengan por convenientes, a fin de que dé las explicaciones o disculpas que quisiere, negando o confesando el delito que se le imputa.
>
> Artículo 386: Solo se podrá prescindir de la diligencia de confesión cuando el reo hubiere confesado el delito en su declaración indagatoria, y no se hubiere retractado de esta.
>
> Artículo 388: No se podrán hacer al reo otros cargos que los que efectivamente arroje el sumario, tal como hubieren sido consignados en dicha resolución. Se le leerán las diligencias del proceso en la parte necesaria, para que pueda tomar los

> datos que le interesen respecto de las pruebas de su culpabilidad y de las disposiciones penales que califican y penan la infracción de que se trate. Se le leerán así mismo las declaraciones que de antes haya prestado a fin de que manifieste si se ratifica en ellas o si tiene algo que añadir o que quitar.
>
> Artículo 391: Al acto de la confesión no concurrirá el defensor, ni otras personas fuera del Juez y su Secretario…

La intimación al reo no era completa, pues se le ponía en conocimiento de los hechos y solo de las pruebas necesarias para que supiera sobre lo que obraba a favor de su culpabilidad. No asistía al acto de confesión el defensor, por lo que el reo en este acto podía verse compelido a confesar por medio de engaños, promesas falsas, etc., tal y como se señalara. Llama la atención el que se estipule una "parte necesaria" en la intimación, cuando lo procedente es imponer al imputado del contenido de todo lo habido en autos para que el mismo se pudiera referir como mejor lo considerara. Los puntos de la intimación, entonces, dependían del criterio del juez quien fungiría como acusador también.

La naturaleza de plena prueba de la confesión se establece en el artículo 517: "Artículo 517: la confesión prueba plenamente contra quien la de, siempre que tenga las condiciones que se indican en el artículo siguiente"

En ese mismo orden, el artículo 518 da los requisitos que debía cumplirse en la declaración para que se dieran los efectos de la confesión:

> Artículo 518: Toda manifestación del procesado, por la cual se reconozca como autor, cómplice o encubridor de un delito o de una tentativa punible, surtirá los efectos legales de la confesión, cualquiera que sea el estado de la causa, siempre que reúna conjuntamente las circunstancias siguientes:
> 1ª. Que esté comprobada la existencia del delito y la confesión concuerde en lo principal con sus accidentes y circunstancias
> 2ª. Que el que la hace sea persona mayor de diez y seis años y goce del perfecto uso de sus facultades mentales
> 3ª. Que no medie error evidente, violencia, intimidación, dádivas o promesas
> 4ª. Que verse sobre hecho personal
> 5ª. Que sea dada ante el Juez o Tribunal de la causa o ante el funcionario que practicara las primeras diligencias de instrucción
> 6ª. Que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del procesado, a los indicios que arroje la causa y a la naturaleza misma del delito

Si tantos requisitos se exigían de la confesión para que resultare plena prueba, es de extrañar que la misma se diera en casos complejos, donde los imputados eran personas de baja escolaridad y condición económica. Probable es, entonces, que se lograra la misma con el uso de la fuerza, para acabar con el caso lo antes posible.

Ejemplo de la forma en que se realizaba la confesión según el Código de 1910, es el llamado "Crimen de Colima", sucedido en la localidad de Colima de Tibás, San José, el 23 de diciembre de 1951.

El homicidio de una pareja de jóvenes, llevó a las autoridades a una investigación para dar con los autores del hecho. Tres sujetos fueron acusados del mismo, y obligados a confesar el crimen.

Señala Benavides (1976, pp. 77-78) que:

> los tres indiciados son internados directamente en la Academia Militar de Guadalupe. Ahí permanecerán hasta el 8 de enero, fecha en que al fin se ordena su traslado a la Penitenciaría Central de San José, pero ya "confesos" y "convictos". Las "confesiones" se producen, pues, estando los reos en la Academia Militar incomunicados, sin ninguna clase de garantías legales, a merced de los oficiales y los detectives, quienes asumieron la tarea de hacerlos cantar valiéndose para ello de los conocidos recursos de violencia física y moral, como baños helados a altas horas de la noche; goles, punzadas de bayoneta, presión sobre los órganos genitales, amenazas, promesas de ayuda, lecturas de supuestas declaraciones que un inculpado aparecía haciendo responsable de los hechos a otro, etc

Igualmente, la autoridad judicial procuraba la confesión. Respecto a la confesión de Lorenzo Palacios, uno de los imputados de esta causa, indica igualmente Benavides (1976, p. 81) que:

> Lo primero que hay que destacar es el hecho de que la diligencia se lleva a cabo en la Academia Militar de Guadalupe, en presencia de los oficiales que habían venido coaccionando a los inculpados, es decir, en un ambiente de presión y temor. Si Palacios no decía lo que tenía que decir, sabía de antemano lo que le esperaba una vez que el señor Juez el confiado funcionario de justicia abandonara el cuartel. En

> segundo término, llama la atención la forma intempestiva, abrupta y un tanto violenta en que el señor Juez entra en materia con su interrogatorio. En efecto, el señor juez no se anda con rodeos. De lleno le espeta al indiciado la primera pregunta, en la que da por un hecho que Palacios fuera de visita a la casa de Héctor Trejos. Luego, se pone amenazante y conmina al inculpado a declarar bajo la amenaza de evidencias sobre su culpabilidad

El Consejo de Gobierno, en 1968, concedió el indulto a los imputados (Llobet, 2005, T.I p.125), tras lo cual la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, reconoce, una vez puesto en su conocimiento Procedimiento de Revisión a favor de los condenados, los errores judiciales presentes en la investigación así como "un deficitario control jurisdiccional que afectaron el derecho de defensa y el Debido Proceso (ajustado a las normas constitucionales y procesales de la época), pues se quebrantaron no nuevos derechos o garantías sino los mismos que el ordenamiento jurídico anterior obligaba a respetar y tutelar dentro del estado de derecho" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Res.462-F-94, de las 10:20, del 4 de noviembre de 1994).

El poco trato a los derechos del imputado durante la investigación y desarrollo del proceso, así como la evidente falta de garantías en defensa de su posición y libertad frente a la maquinaria judicial estatal, son sin dudas los rasgos de este cuerpo legal que más afectaron el derecho de defensa de los imputados de la época. No en vano la siguiente cita del Dr. Llobet (2005, T.I pp. 128-129) define al CPP de 1910: "En definitiva, el Código Procedimientos Penales de 1910 era de carácter inquisitivo, con una ausencia de participación de la defensa técnica y una falta de garantía del derecho de abstención de declarar", aunado a ello que no se presentaba imparcialidad alguna del juez y que la fase del plenario era escrita, cosificando al imputado y negándole posibilidades mínimas de acceso a la prueba.

3. El Código de Procedimientos Penales de 1973

Con el ánimo de superar el sistema inquisitivo presente en el Código Procesal de 1910, de reconocer mayores garantías y derechos procesales al imputado, y sin duda influenciado por la Constitución Política de 1949 y la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, aprobada en Costa Rica por Ley 4534 de 23 de febrero de 1970, la legislación procesal penal costarricense varía con el Código de Procedimientos Penales de 1973.

Como muestra de la influencia del derecho procesal argentino en nuestra legislación, ilustra Llobet (2005, T. I. p. 129):

> el Código de Procedimientos Penales de 1973 que estableció un sistema mixto, tuvo como base las enseñanzas de Alfredo Vélez Mariconde, siguiendo casi textualmente el texto del Código Procesal Penal de Córdoba de 1969, redactado por dicho profesor, texto que había tenido como antecedente el Código de Córdoba de 1939, redactado por el mismo y por Sebastián Soler

Dado el sistema de nulidades del CPP de 1973, se ha considerado por autores como Javier Llobet, Gilbert Armijo y Juan Marcos Rivero (1998, p. 272) que

> en esta época el buen defensor era el que sabía manejar con destreza algunos de los instrumentos que el ordenamiento procesal le brindaba. El objetivo de la defensa técnica era obtener a favor del imputado una falta de mérito. Si esto se lograba, era seguro el dictado de una prórroga extraordinaria. Esto, en la praxis, se sobreentendía como sinónimo de un sobreseimiento

La situación del imputado frente al sistema judicial varía notablemente es este Código, ya que el derecho defensa se establece como irrenunciable, se ejerce en todas las etapas del proceso, y se brinda por parte del Estado la defensa gratuita por medio de la Defensa Pública.

Además, la participación del imputado y su defensor inician desde los actos de la investigación, ya que "en este sistema el imputado debía intervenir desde los primeros actos del procedimiento y su defensor debía estar debidamente nombrado antes de la declaración indagatoria" (González, 2000, p. 281), y se reconoce el derecho a la abstención en la indagatoria y a lo largo del procedimiento, así como la posibilidad de que el imputado declare cuando lo considere conveniente. El avance en el reconocimiento de los alcances del derecho de defensa es significativo en el Código de 1973, al punto que es la primera vez en la historia que se reconoce el derecho de abstención, como parte del derecho fundamental en cuestión.

Los artículos 80 y 83 inician una lista importante de derechos y facultades del imputado en el proceso, tomando, como punto de partida, la necesidad imperiosa de tener patrocinio letrado privado o brindado por el Estado (art. 80). En cuanto al defensor público, el nombramiento del mismo estará a cargo del Estado, según el artículo 83. La Defensa Pública, instaurada en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde 1970, es el resultado de la toma de posición democrática en el proceso penal, a fin de brindar igualdad de condiciones al imputado frente al poder punitivo del Estado.

La presencia e intervención activa del defensor desde los inicios de la investigación queda plasmado en el numeral 191, en el cual se establece el derecho de los defensores de asistir a los actos que se consideren definitivos e irreproductibles, tales como registros, reconocimiento, reconstrucciones, exámenes, periciales, inspecciones y declaraciones de testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrían estar presentes en el debate oral y público.

Como ya se mencionara, la suerte del imputado durante su declaración evoluciona admirablemente en este Código. Si bien es el juez quien recibe declaración al imputado, ya desde su primer encuentro con la autoridad judicial el imputado tenía derecho a que su defensor se encuentre presente, con la ventaja de preparar su posición ante ese acto:

> Declaración del imputado
>
> Artículo 274. Procedencia y trámite
> Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el juez procederá a interrogarla inmediatamente si estuviere detenida, o a más tardar en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición. Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Juez no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor...
>
> Asistencia
>
> Artículo 275.
> A la declaración del imputado solo podrán asistir su defensor, si alguno de ellos lo pidiere, y el Ministerio Público. Cuando ejerzan esta facultad se les comunicará verbalmente el día y hora del acto. El imputado podrá declarar en ausencia de su defensor, siempre que manifestare expresamente su voluntad en tal sentido.
> En todo caso se dejará constancia"

La declaración en ausencia del defensor con la anuencia del encartado es cuestionable, dada la naturaleza de irrenunciable que ostenta el derecho de defensa, siendo una muestra de que el CPP de 1973 tuvo fallas en ese sentido. De no estar presente el defensor, por decisión del imputado, en caso de presentarse alguna variación en el proceso o en la intimación o una prueba nueva, aquel no tenía el defensor a su alcance para resolver estos problemas.

El derecho a abstenerse de declarar, así como la posibilidad de hacerlo sin juramento u obligación de decir verdad, de manera libre y con asesoría, es reconocido por primera vez en la legislación procesal penal de Costa Rica, en el numeral 276:

> Libertad de declarar
>
> Artículo 276
> El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.
> La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda

El derecho de abstención, hoy reconocido también en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es quizá una de las mayores expresiones del derecho de defensa material, ya que puede ejercerse por el imputado ante la primera intimación formal que se le hace en el proceso.

Se sanciona, como se ha visto, cualquier maltrato, vejación o amenaza para que el imputado declare, con la nulidad del acto.

El artículo 278 establece la presunción de inocencia, en el tanto el imputado no declare, conserva la misma. Además, el derecho a ser puesto en conocimiento de los hechos que se investigan, la prueba en su contra, y el derecho a hacerse acompañar de su defensor:

Intimación y negativa a declarar

Artículo 278
A continuación, el Juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra; que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad y que puede requerir la presencia de su defensor.
Si el imputado se negare a declarar, se hará constar en el acta; si rehusare suscribirla, se consignará el motivo; y cuando pidiere la presencia de su defensor, el Juez fijará nueva audiencia y ordenará la citación de aquel

La norma 279 contiene el derecho del imputado a ofrecer la prueba que considere pertinente para su defensa, el hacer constar su declaración tal y como la rinde y suspender el acto en caso de ser necesario por cansancio físico o emocional, que impidan llevar a cabo su defensa y declaración en este acto de la mejor manera:

Declaración sobre el hecho

Artículo 279
Cuando el imputado manifestare que quiere declarar, el Juez lo invitará a manifestar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar las pruebas que estime oportunas; su declaración se hará constar fielmente y en lo posible con sus propias palabras.
Después de esto, el juez dirigirá al indagado las preguntas que estimen convenientes. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 194.
El declarante podrá dictar su declaración, o las repuestas a las preguntas que se le formulen.
Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan.

Contestar las preguntas de las partes resulta una obligación para el imputado, quien no puede elegir abstenerse de declarar en cuanto a los detalles que estas le planten exponer. El acceso a la prueba, tanto en este acto como a lo largo del proceso, implica no solo que el imputado las proponga, sino que la autoridad judicial pertinente las orden y evacue en el expediente, para que los resultados de las mismas sean considerados al momento de plantear la última intimación aún antes de debate.

Por último, se establece en el artículo 283 también la facultad de declarar cuantas veces considere el imputado y la defensa pertinente para sus efectos: "El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador", esto en claro ejercicio de su defensa material.

Propiamente en el juicio, que es oral y público (artículo 359), y en el cual el imputado cuenta con la presencia de su defensor (artículos 362, 370 y concordantes), el acusado tiene la libertad de declarar o abstenerse de hacerlo según lo considere conveniente:

> Declaraciones del imputado
>
> Artículo 373
> Después de la apertura del debate, o de resueltos los incidentes en el sentido de que el juicio debe proseguir, el Presidente recibirá declaración al imputado conforme a los artículos 275 y siguientes, bajo pena de nulidad, y le advertirá que el debate continuará aunque no declara.
> Si el imputado se negare a declarar o incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante los jueces de instrucción, ante el Agente Fiscal o los Alcaldes, siempre que se hubieren observado las normas de la instrucción.
> Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones

Es criticable, sin embargo, que el derecho a abstenerse de rendir declaración no se respeta del todo, ya que se incorporan de oficio declaraciones previas dadas por el imputado en la fase de instrucción, lo que hace se violente por imperativo legal el derecho de abstención que se conquista en este Código de Procedimientos Penales.

Y en los casos en los que el imputado declarara de manera distinta a la rendida en las fases previas al debate, se le podían leer estas declaraciones para corregirlo y enfrentarlo con las contradicciones entre lo dicho en debate, de manera oral, y lo declarado en la instrucción. Esta intromisión del Tribunal y las partes con la declaración del imputado resulta una obstaculización a su derecho de defensa material y técnica.

El derecho de declarar en cualquier momento del debate, así como de mantener comunicación con su defensor están establecidos en el artículo 375, en le cual también se señala que el juez tiene facultades para vedar la declaración del imputado:

> Facultades del Imputado
>
> Artículo 375
> En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas- incluso si antes se hubiese abstenido- siempre que se refieran a su defensa.
> El Presidente impedirá cualquier divagación y si persistiere, podrá alejarlo de la audiencia.
> El imputado podrá también hablar con su defensor, sin que por esto la audiencia se suspenda; pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder preguntas
> que se le formulen. No se le podrá hacer sugestión alguna

La limitación a la declaración del imputado por parte del juez no se justifica, en el tanto no se estipula cuáles son los criterios por los cuales se puede limitar al mismo en su deposición en debate, ni que se ha de considerar como divagación. Esto hace que dependa del arbitrio del juez el ejercicio de la defensa en este momento procesal.

La naturaleza de plena prueba de la confesión la contempla el artículo 419, el cual estima incluso la improcedencia de escuchar la prueba, si el imputado ha confesado: “Si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el Juez, el fiscal y los defensores.” Esto implica que, aún dándose confesión, puede el tribunal de oficio evacuar la prueba, ya que, como explican Houed, Sánchez y Fallas (1998, pp. 60-61):

> La investigación judicial autónoma, una de las características de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal penal, no está condicionada ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria. En cuanto a que no están condicionadas a la controversia entre ellas, es claro que la aceptación que haga el imputado de su culpabilidad en el delito, no obsta a que se busque la prueba al respecto

En aras de velar por el derecho del imputado de conocer los hechos por los que se le investiga, así como de preparar su defensa, el artículo 376 determina que, en caso de darse una ampliación por parte del Ministerio Público de la pieza acusatoria, el requerimiento, podía el defensor solicitar plazo para preparar la nueva defensa sobre los nuevos hechos:

> Ampliación del requerimiento fiscal
>
> Artículo 376. Si de la instrucción o del debate resultare un hecho que integre el delito continuado o una circunstancia de agravación no mencionados en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, el Fiscal podrá ampliar la acusación.
> En tal caso, con relación a los hechos nuevos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 277 y 278, e informará al defensor del imputado que tiene derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 361

Sobre esta posibilidad, considera Castillo (1992, p. 80) que

> Sin embargo, si el acusador conociendo de antemano las circunstancias que más tarde podrían dar origen a una ampliación de la acusación, se reserva su conocimiento para servirse de ellas como técnica litigante, provocando el retraso del proceso o produciendo un efecto sorpresivo sobre la defensa, el derecho de pedir la ampliación puede caducarle. En otras palabras, la ampliación debe limitarse a circunstancias o hechos nuevos, o que sin ser nuevos no habían sido conocidos en el momento de la imputación originaria

Es tema posterior el determinar la afectación que sufre el derecho de defensa por la ampliación de la pieza acusatoria en la etapa de juicio, más no está de menos mencionar que no es equiparable contar con todo un proceso para preparar una defensa y buscar la prueba de descargo, a hacerlo cuando ya ha iniciado el debate y con un plazo a criterio del Tribunal.

El papel del juez en el Código de 1973 es activo e investigador en aras de dar con la verdad real de los hechos. Vélez (1982, T. II., p. 197), quien como se indica, tiene gran influencia en los contenidos del CPP de 1973, dice al respecto que dos poderes tiene el juez:

> … con respecto al desarrollo de la relación procesal y a la actividad probatoria:

> Desde el primer punto de vista, el Juez penal es titular de una potestad (poder-deber) de impulsión procesal, no bien se ha promovido la acción penal (no es una potestad inicial), independiente o autónoma de los poderes de los poderes que corresponden al fiscal o a las partes: puede y debe ordenar, aún de oficio, los actos necesarios para la marcha normal del proceso, sin necesidad de ser excitado por ellos….
> Desde el segundo punto de vista, el juez aparece como titular de una potestad autónoma de investigación, es decir, tiene las potestades de investigar de oficio la verdad de los hechos, incluso a pesar de la inactividad procesal del Fiscal y de las partes, no solo durante la instrucción, sino también –aunque en forma excepcional- durante el juicio. Es un celoso guardián de la verdad

De este pensamiento deriva entonces actuaciones judiciales como el interrogatorio del juez a los testigos y la incorporación de prueba por parte del juez en el debate.

El acceso a la prueba testimonial era amplio, más la intervención del Tribunal en el interrogatorio a los mismos, y sin haber hecho preguntas las partes (art. 383), resulta de nuevo un acto del juez ajeno a su función de solo juzgar y no investigar. Este tipo de facultades del tribunal deja clara la naturaleza inquisitiva de este Código.

Sobre este poder del juez, señalan Houed, Sánchez y Fallas (1998, pp. 61-62) que:

> Cabe advertir que quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, en última instancia es el tribunal, realizando la actividad probatoria que le permite la ley, con atribuciones tanto en la instrucción (donde evidentemente son más amplias) como durante el juicio. Cualquier interpretación contraria a la anterior, puede conducir a una violación de garantías constitucionales que tergiversa los fines del proceso penal

Debe hacerse notar que la figura de la prueba para mejor proveer, contemplada en el artículo 387, permitía al tribunal hacer traer a debate, aún de oficio, la prueba que se requiriere para conocer la verdad, así como citar a los peritos para que esclarecieran sus dictámenes. Esta potestad del ente judicial no daba opción a la defensa para cuestionar la necesidad de traer esa prueba o al menos conocer su contenido de previo, tal cual sucedía con la prueba recabada en la fase de instrucción.

Castillo (1992, p.62), en comentario hacia la corriente que seguía el CPP de 1973 indica sobre la prueba para mejor proveer que:

> El llamado en nuestro derecho "impulso procesal de oficio" es conocido ya desde hace bastante tiempo en la disciplina procesal penal. Viene también a incorporarse a la doctrina del nuevo Código, como instrumento eficiente que es, al servicio del Principio de Verdad Real o Material en el cual, a su vez, se fundamenta. … Aunque más limitado en la fase de audiencia, se halla, sin embargo, también presente en ella el impulso procesal de oficio. El interés público de los asuntos debatidos en el proceso no deja que los actos y actuaciones procesales encaminados a su dilucidación estén supeditados a la actuación más o menos diligente de las partes: a la sociedad le interesa llegar al fondo de la verdad, y por ello, los tribunales pueden darle impulso al proceso

Este llamado "impulso procesal de oficio", alabado en la doctrina de la época de aplicación del CPP de 1973, tal como hemos visto, resulta a ciencia cierta contrario a la imparcialidad del juzgador , ya que aún cuando interese conocer la verdad real, toca al Ministerio Público y a la Defensa dar con la misma, y ante las actuaciones de las partes, la intromisión del tribunal puede afectar su participación y el ejercicio de los derechos de las mismas.

A pesar de las innovaciones en derechos y garantías procesales que trajo al sistema judicial el Código de Procedimientos Penales de 1973, este aún permitía en su normativa se infringiera el ejercicio del derecho de defensa, lo cual trata de remediarse con la aprobación del Código Procesal Penal de 1996.

4. El Código Procesal Penal de 1996

El derecho de defensa en la etapa de juicio y su interacción con los resabios inquisitivos en esta etapa del proceso es el centro de esta investigación. Es por ello, que además de citarlo como parte del desarrollo histórico del proceso penal costarricense, se hace un especial énfasis en el mismo por su trascendencia.

4.1 Regulación del Derecho de Defensa en el Código Procesal Penal de 1996

En el año de 1996 se aprueba el Código Procesal Penal, el cual entra en vigencia el 1º. de enero de 1998. Esta normativa varía el proceso penal, implementando nuevas etapas en el mismo, denominadas Etapa de Investigación y Etapa Intermedia, y conservando casi sin variaciones la etapa de juicio y la ejecución de sentencia. No en vano afirma González (2000, p.281) que "el nuevo Código Procesal Penal de 1996 (en vigencia a partir de enero de 1998) es en realidad un ajuste respecto de Código de 1973, porque no se hicieron cambios significativos en las etapas de juicio, de impugnación, ni en la de ejecución. Las novedades se refieren a la instrucción y al procedimiento intermedio".

Para Llobet (2005. T I, pp. 177-178) la situación de los derechos del imputado, entre ellos el derecho de defensa en este nuevo proceso penal es la siguiente: "Con respecto al imputado, se indicó por los proyectistas del Código que se trataba de garantizar sus derechos, aunque al respecto no se prevé propiamente una ampliación de los mismos en forma directa, sino en general se mantiene la regulación del Código de Procedimientos Penales de 1973"

Más si bien no son ampliados estos derechos, al menos si reciben un trato especial en cuanto a la especificación de los alcances de los mismos, tanto el ejercicio que del mismo hace el imputado como sus defensor técnico, reflejo esto, sin duda, de más de un siglo de experiencia en la creación de Códigos que regulan el proceso penal.

Dicen a este respecto la doctrina nacional (Fernandino y Porras, 1996, p. 292) que

> en lo que se refiere al principio de defensa, la nueva normativa viene a recoger toda la experiencia y cultura jurídica acumulada a través de varios años de ejercicio democrático de la administración de justicia penal, en virtud de la cual nuestro país –a partir de año 1989, con la entrada en funcionamiento de la Sala Constitucional- ha pasado de ser un estado de Derecho para consagrase como un Estado Constitucional de Derecho

Novedades sobre el derecho de defensa, como se verá, se establece la participación del defensor desde los primeros actos de la investigación, una enumeración detallada más no cerrada de los supuestos del derecho de defensa y el cambio en el orden del interrogatorio de los testigos en la etapa de juicio.

La presencia activa del defensor y su representado desde la fase de investigación, contándose con sus intervenciones desde este momento procesal, es sin duda reflejo del espíritu garantista del Código. Esta participación del imputado y su defensor en esta etapa "había presentado grandes dificultades para ser aceptado bajo el Código de 1973" (LLobet, 2005, T. I, p. 178), lo que se subsanó regulándolo de manera expresa en la legislación de 1996.

Resulta de gran importancia, para el ejercicio del derecho de defensa, la nueva actividad del imputado y su defensor, ya que permite un posicionamiento de esta parte procesal en cuanto a sus intereses, desde que inicia la investigación, lo que además permite que el defensor vaya valorando la prueba producida y ofreciendo contra prueba que le favorezca.

Sin duda, entonces, (Fernandino y Porras, 1996, p. 293) mencionan que:

> por ser el imputado aquel sujeto hacia quien se dirige el ejercicio de la acción penal, por lo que hace se ocupe una posición de inferioridad e impotencia frente a todo el aparato punitivo con que cuenta el Estado, se le garantiza en forma expresa su facultad de participar activamente en todas las etapas del proceso, sobre todo en las más delicadas, es decir, aquellas en las que se producirán los elementos probatorios que servirán de base no solo en la acusación sino también a la ulterior sentencia que resolverá definitivamente la situación.

Debe anotarse al dicho de estos autores, que además del acceso a la prueba, la presencia del defensor en los actos de la investigación previene abusos contra otros derechos del imputado, tales como su intimidad y propiedad privada, pues puede la defensa oponerse a que se realicen actos que vayan en contra de estos derechos y que no tengan relación con la investigación. Caso contrario, si la autoridad judicial va a intervenir algún derecho del acusado, toca al defensor verificar que esto se realice conforme a derecho, por resolución fundada del juez competente.

Se contempla en el artículo 12 la participación del imputado en los actos de la investigación, así como su derecho a conocer sus potestades procesales:

> Artículo 12: Inviolabilidad de la Defensa. Es inviolable la defensa de cualquiera de la partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este código, el

> imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y formular las peticiones y observaciones que considere oportunas…
> Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor.
> 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, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley

Importante resaltar de este numeral dos aspectos: en primer lugar, se establece la inviolabilidad del derecho de defensa, como garantía expresa de que el imputado en una causa penal siempre habrá de tener este derecho, acceso al mismo y será su fuente de combate frente al poder estatal. En segundo lugar, se amplían los alcances del derecho de defensa a la Constitución, el derecho internacional y el derecho comunitario, reconociéndose estas fuentes del Derecho como instrumentos a favor del imputado, los cuales podrá invocar de ser necesario para su defensa.

El artículo 13 contempla los principios del derecho de defensa y la irrenunciabilidad del mismo, así como la libertad de elección de representante legal para el ejercicio de la defensa. Además, con la posibilidad de asignar defensa pública, como ya se indicara, se asume por parte del Estado, desde 1970, el mantener el equilibrio en el sistema democrático, proveyendo de patrocinio letrado a aquellos imputados que no pueden afrontar el gasto de un abogado defensor privado:

> Artículo 13. Derecho de Defensa. 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 a 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 partícipe en él.

Se explica claramente el concepto de “primer acto del procedimiento”, como cualquier acto que implique una posible imputación a una persona, y no necesariamente un acto formal del que se notifique a las partes ya constituidas.

El numeral 82 especifica los derechos del imputado. Esta lista resulta numerus apertus, ya que las actuaciones procesales, conforme se van realizando, han de revelar situaciones en que la defensa necesita actuar de tal o cual manera, en ejercicio amplio de estos derechos fundamentales.

Aclaran Fernandino y Porras (1996, p. 301) que este listado:

> no constituye un numerus clausus de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al imputado, sino que más bien constituye un numerus apertus. Lo anterior significa que la lista de derechos a que hace referencia el artículo 82 no es taxativa, pues existen muchos más que no están allí incluidos y que no por ello las autoridades del sistema penal estén eximidas de velar por su respeto

Son entonces, entre otros, derechos del imputado, conforme con el artículo 82 los siguientes:

> a) Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordenó, 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

Este artículo contempla la especificidad de la que se hablaba anteriormente. En los cuerpos legales anteriores no se daba una enumeración clara y básica de las acciones que

contempla el derecho de defensa, por lo que se debe reconocer al legislador la intención de positivizar los puntos de partida del mismo. Aún cuando la lista no se agota en el artículo 82, el mismo se convierte en un punto de partida.

El ejercicio del derecho de defensa material se manifiesta abiertamente en la declaración del imputado, la cual está especificada en los artículos 91 al 97 del Código de 1996:

> Artículo 91.- Oportunidades y autoridad competente
> Cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación procederá a recibirle ladeclaración.
> 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

No deja de resultar una limitación a este derecho el advertir que el imputado podrá declarar las veces que lo considere necesario en el tanto esto no sea una medida dilatoria del proceso, ya que no solo no se estipula cuál autoridad es la que valora la pertinencia de estas declaraciones y bajo cuáles supuestos se considera imprudente la declaración, sino que no se dan criterios para determinar si la nueva manifestación aportada da nuevos elementos para la defensa o no.

Se garantiza el derecho a la abstención sin presunción de culpabilidad, así como el derecho a la intimación previo a rendir declaración. El imputado además tiene la facultad de consultar el expediente y los elementos de prueba reunidos en su contra, y un lugar para ser citado, acorde con el artículo 92.

Puede también el imputado ofrecer la prueba que tenga a bien, la cual será evacuada por el Ministerio Público.

Esta primera declaración se dará siempre en presencia y con la asesoría del defensor del imputado, sea defensor de confianza del mismo o defensor público, sin que exista la posibilidad de que el sujeto declare sin patrocinio letrado:

> Artículo 93.- Nombramiento de defensor
> Antes de que el imputado declare sobre los hechos, se le requerirá el nombramiento de un abogado, si no lo tiene, para que lo asista y se le informará que puede exigir su presencia y consultar con él todo lo relacionado con su defensa. En ese caso, si no está presente el defensor, se le dará aviso inmediato, por cualquier medio, para que comparezca. De no ser hallado, se fijará una nueva audiencia para el día siguiente, y se procederá a su citación formal. Si el defensor no comparece o el imputado no lo designa, se le proveerá inmediatamente de un defensor público

Se formula entonces la irrenunciablidad de la defensa, así como la inviolabilidad de la misma, al desaparecer la posibilidad de declarar en ausencia del defensor que se venía contemplando en las legislaciones anteriores.

El artículo 94 contempla que, tras cumplir con un interrogatorio de identificación en el cual constan los datos del encartado y el lugar para ser citado, se ha de hacer constar la declaración del imputado de manera fiel y en presencia de su defensor, junto con el ofrecimiento de las pruebas que considere oportunas para su defensa. El imputado, así mismo, responderá las preguntas que las partes le dirijan, en tanto sean pertinentes.

El artículo 96 hace una exposición del trato que se debe dar al imputado durante su declaración:

> Artículo 96.- Prohibiciones.
> En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvenciones tendentes a obtener su confesión.
> Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de psicofármacos y la hipnosis.
> La promesa de una ventaja sólo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley.

> Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan.
> Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente.

Llama la atención que se de la necesidad de advertir sobre la prohibición de evitar la tortura, amenazas, promesas falsas al imputado para que declare, así como el deber de suspender la diligencia en caso de que el mismo presente cansancio o intranquilidad. Además, de dirigírsele al imputado preguntas, las mismas deben ser directas y concretas.

Por último, también se regula de manera concreta la obligación de que el imputado declare sin el uso de "esposas" u otro instrumento de seguridad en caso de estar detenido, puesto que esto no deja de ser una medio de coacción y presión para rendir declaración:

> Artículo 97.- Tratamiento durante la declaración .
> El imputado declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas. Esta circunstancia se hará constar en el acta.
> Asimismo, declarará únicamente con la presencia de las personas autorizadas para asistir al acto o en público cuando la ley lo permita.

El artículo 100 dispone la libertad de elección de defensor por parte del imputado, el cual actuará en conjunto con el imputado. La posibilidad de auto-defensa se plantea también en este numeral:

> Artículo 100.- Derecho de elección
> El imputado tendrá el derecho de elegir como defensor un abogado de su confianza.
> La intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.
> Cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, podrá defenderse por sí mismo

Para garantizar el ejercicio del derecho de defensa técnica de manera apropiada por el defensor designado, se prevén una serie de circunstancias que podrían afectar el derecho de defensa, en las cuales interviene el defensor.

Por ejemplo, el defensor asignado puede ser sustituido por otro a conveniencia del imputado, pero el primero no podrá abandonar su cargo hasta que el segundo comparezca al expediente (art.102). Además, el defensor podrá representar al imputado en delitos de acción privada o delitos sin pena privativa de libertad (art.103) y en el artículo 104 se prevé que, en caso de renuncia del defensor, este sea sustituido por otro defensor o por la defensa pública y no podrá separarse el primero del cargo hasta que intervenga el segundo. En este mismo orden de ideas, el defensor no podrá renunciar a la causa durante las audiencias ni una vez notificado del señalamiento de las mismas. Si la renuncia se da antes de iniciar el debate, a solicitud del nuevo defensor se podrá dar plazo de cinco días para iniciar la defensa. El abandono de la defensa, conforme con el artículo 105, constituye falta grave y se debe ser puesta en conocimiento del Colegio de Abogados. Con base en el artículo 107, se advierte que la incompatibilidad de intereses entre dos o más imputados impide que tengan el mismo defensor.

Finalmente, en cuanto al ejercicio de la defensa, se garantiza, desde el inicio del proceso, el completo secreto de las comunicaciones entre defensor, los colaboradores de la defensa y el imputado, como también se prohíbe el decomisar las cosas relacionadas con la defensa, según el artículo los artículos 108 y 109:

> Artículo 108. Garantías para el ejercicio de la defensa.
> No será admisible el decomiso de cosas relacionadas con la defensa; tampoco, la interceptación de las comunicaciones del imputado con sus defensores, consultores técnicos y sus auxiliares, ni las efectuadas entre estos y las personas que les brindan asistencia.
>
> Artículo 109.- Entrevista con los detenidos
> El imputado que se encuentre detenido, incluso ante la policía, tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor desde el inicio de su captura.

Puede afirmarse entonces que el derecho de defensa, en conjunto con los otros derechos del imputado, ha sido regulado en el Código Procesal Penal de 1996 de manera tal que no quepa duda de su amplitud ni de los actos que se consideran limitantes del mismo por la ley procesal.

4.2 El Derecho de Defensa en la Etapa de Juicio

El juicio oral está previsto, en el Código Procesal de 1996, como la etapa en la que se expone la totalidad de la prueba, las posiciones de las partes intervinientes y se dicta sentencia. Entre sus características principales y de mayor relevancia se tiene que (Llobet, 2005, T.I, p. 164) "en el juicio oral es donde rigen tres principios fundamentales del proceso penal, que son los de inmediación, oralidad y publicidad", principios que permiten al imputado y la defensa tener contacto directo con la prueba, cuestionarla y oponerse a la misma, así como dar a conocer la prueba de descargo, de manera abierta y pública.

El papel del imputado y su defensa es primordial en esta fase, pues de la misma depende la consecución de un fallo que le sea beneficioso al mismo, dentro de los límites, obvio es, de los elementos que arroje la prueba. Fernandino y Porras (1996, p. 294) exponen al respecto que:

> la opinión generalizada indica que la participación del imputado, en resguardo de su derecho de defensa, esencialmente adquiere su vigencia durante la fase oral del debate, pues es allí donde se tendrá la ocasión de someter al contradictorio la prueba, así como de exponer de viva voz cuáles son las razones jurídicas y fácticas en virtud de las cuales se debe –según su criterio- rechazar la acusación

La nueva normativa no presenta grandes diferencias para con el Código de 1973 en lo que respecta a la etapa de debate, pero si se le debe reconocer que reafirma el papel de la defensa.

Una de las innovaciones es dar la palabra a la defensa, una vez leída la pieza acusatoria, la querella y acción civil, para que se manifieste sobre estas, si a bien lo tiene, conforme con el artículo 341. Este instrumento dado a los defensores permite simplemente no manifestarse o indicar su parecer y proceder sobre algunos de los aspectos que se ventilaran en audiencia, como forma de poner en alerta al tribunal sobre el trabajo que desempeñará la defensa y los alcances de este. Si bien esto puede ser de poca utilidad en la mayoría de los casos, habrá causas especiales, que por su complejidad, impliquen que el advertir al tribunal sobre los actos de la defensa, sea en su beneficio, como en casos que se presuma causas de justificación, o causas de exculpación.

La declaración del imputado en debate está regulada por el artículo 343. El imputado, previa lectura de la acusación, querella y acción civil, tiene la facultad de declarar o abstenerse de hacerlo:

> Artículo 343.- Declaración del imputado
> Después de la apertura de la audiencia o de resueltos los incidentes, se recibirá declaración al imputado, explicándole, de ser necesario, con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar, sin que su silencio le perjudique o le afecte en nada y que el juicio continuará aunque él no declare.
> Podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, las partes civiles, la defensa y los miembros del tribunal, en ese orden.
> Si incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, las que se le harán notar, quien preside podrá ordenar la lectura de aquellas, siempre que se hayan observado en su recepción las reglas previstas en este Código. La declaración en juicio prevalece sobre las anteriores, salvo que no dé ninguna explicación razonable sobre la existencia de esas contradicciones.
> Durante el transcurso del juicio, las partes y el tribunal podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

Si es cuestionable que el mismo artículo estipule que se puede hacer ver al imputado la existencia de contradicciones con sus declaraciones anteriores a la vez que se indica que la declaración en debate prevalece sobre todas las demás. Esto por cuanto el imputado no está obligado a declarar bajo juramento, es su derecho hacerlo las veces que lo considere necesario, aunado a que es la declaración en debate la que prevalece. La existencia de contradicciones no es algo que debería contemplar la norma como elemento para encarar al imputado con su declaración anterior, ya que es parte del ejercicio del derecho de defensa versar su declaración sobre los aspectos que considere convenientes conforme lo arrojado por la investigación, y no implica mantenerse en una sola declaración durante todo el proceso.

La comunicación fluida y directa con el defensor a lo largo de la audiencia, en aras de preparar y ejecutar su defensa, son facultades del imputado que se estipulan en el artículo 345.

La recepción de los testigos y el interrogatorio de los mismos se contempla en los artículos 351 y 352, siendo que los testigos de la defensa se recibirán en último lugar (art. 351), y como novedad del Código en esta etapa, los testigos de descargo serán entrevistados primero por el defensor que los propuso, impulsando el derecho del imputado al acceso irrestricto a la prueba por evacuar:

> Artículo 352.- Interrogatorio.
> Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue 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 al interrogatorio por parte de los jueces y la formulación de preguntas aclaratorias, no deja de ser cuestionable este proceder, pues si el juez tiene dudas debe apelar al principio In Dubio Pro Reo y dictar absolutoria, y no entrometerse en el papel de las partes al averiguar la verdad real de los hechos. Esto podría dejar en desventaja a la defensa, no solo porque se violenta el In Dubio Pro Reo, sino porque el tribunal podría estar alimentando la posición del Ministerio Público o de la misma defensa, infringiendo su posición de imparcialidad. Al respecto indica Sanabria (2004, p. 135) que

> Nos parece que debió aprovecharse la oportunidad de la nueva legislación para eliminar de una vez por todas la posibilidad de los jueces de interrogar a los testigos, peritos o imputados en los juicios, porque ello denota un claro interés hacia alguno de los sujetos procesales. Si el juez luego de escuchar a estos órganos de prueba, así como los interrogatorios formulados por los restantes sujetos procesales tiene alguna duda, lo propio es ordenar la absolutoria a favor del imputado, con fundamento en el principio in dubio pro reo…

Debe tenerse que la naturaleza del juez de juicio se planeó como seguidora de los principios acusatorios, entre ellos el de Imparcialidad. El juez con funciones de corte inquisitivo, que intervenía directamente en la investigación y en la configuración de los cargos contra el imputado, queda atrás con el Código de Procedimientos Penales de 1973. El nuevo juez del proceso penal, a partir del año 1998, responde a la imparcialidad y la objetividad en sus fallos y en sus actos a lo largo de la etapa procesal en la que se desempeñe.

En el debate, el tribunal ha de mantener en todo momento reserva sobre el juicio que se vaya formando a lo largo de la recepción de la prueba testimonial y documental, dando a cada uno de los sujetos procesales las oportunidades que les reconoce el Código Procesal para que participen con esta prueba, a modo de garantizar la inmediatez y el acceso a la misma.

El juez de juicio, al igual que todos, debe ser imparcial, objetivo, y solo emitirá opinión jurídica en la sentencia debidamente fundada que le exige la ley. No habrá de externar criterios previos al fallo final, ni tener relación alguna con la causa que tiene en su conocimiento, so pena de ser recusado por las partes.

En todo momento, deberá el jugador velar porque se respeten los derechos de los sujetos procesales ajenos a él, entre ellos, claro está, el derecho de defensa del imputado. Este derecho propone que el acusado es un sujeto procesal, quien desde el inicio del proceso se hace asistir por un abogado, representando su defensa técnica, podrá ofrecer prueba y acceder a la que se encuentra en los autos, declarar o abstenerse de hacerlo si a bien lo tiene, y tener el tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa antes y durante el debate.

Para la etapa de conclusiones en el juicio, como señala el artículo 356, la defensa presentará sus alegatos en último lugar.

No se debe obviar la mención de otras dos figuras de la etapa de debate (aparte del interrogatorio del tribunal) y su relación con el derecho de defensa:

El artículo 347 permite la ampliación de la pieza acusatoria, en tanto se trate de una nueva calificación jurídica o un delito continuado

> Artículo 347.- Ampliación de la acusación
> Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.
> En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se

> recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.
> Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

Aún cuando se da parte a la defensa, declare de nuevo el imputado y se de tiempo a la defensa para prepararse, es cuestionable si la nueva imputación en la etapa del plenario afecta el derecho de defensa en el tanto tiene escaso tiempo y oportunidades procesales para atacar esta nueva acusación y prever las posibilidades de defensa frente a la misma. No podría equipararse un proceso con su fase de investigación o preparatoria, la fase intermedia y el plenario durante el cual la defensa ha podido tomar su posición, recabar la prueba y ofrecerla para dar sustento a su tesis, a un período que el propio Código no precisa, en el cual afrontar la variación a la acusación.

El numeral 355 contiene la figura de la prueba para mejor proveer, la cual consiste en hacer llegar al plenario, a petición de parte o por imperio del tribunal, prueba nueva que esclarezca hechos nuevos: "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".

La facultad del tribunal de traer estos elementos probatorios al debate está más restringida en el Código de 1996 que el anterior, más recibe la misma crítica que el artículo 387 del Código de 1973, en el tanto interviene el juez en la investigación y eventualmente sorprende a la defensa con prueba para la que no estaba preparada. A pesar de la excepcionalidad que limita esta diligencia judicial en el debate, el aporte de prueba para mejor proveer se sigue dando de manera frecuente en el proceso penal. A este respecto Campos (2005, p.61) indica que:

> … en la práctica judicial, se sigue suscitando de manera desmedida la ordenación de prueba para mejor proveer de forma oficiosa, justificándose esta actividad con base en el descubrimiento de la verdad real, trayéndose así al proceso todo tipo de prueba no aportada en el momento procesal oportuno debido a la inercia de las partes, atentando esta inadecuada costumbre contra la objetividad e imparcialidad que deben caracterizar el rol del juez en el proceso penal acusatorio.

En igual sentido Rojas (2001, p.81) manifiesta que:

> Aceptar ampliar los alcances restringidos de la prueba para mejor proveer, implicaría un retroceso del sistema y una vuelta a los tiempos en que la facultad se ejercía de una forma que solo puede calificarse como indiscriminada, con serio compromiso para la imparcialidad del juzgador, que asumiría un rol inquisitorial.

Más adelante en la investigación se ahondará en este punto. Por el momento, vale decir que la prueba para mejor proveer traída por el juez de oficio, deja un sin sabor en su relación con la defensa y su actuación en debate, ya que están defensor e imputado desarmados contra la posición investigadora que asume el juez , quien a su vez dictará sentencia.

El desarrollo del derecho de defensa en el proceso penal costarricense ha variado desde el Código de 1841, pasando de ser casi nulo para el imputado, hasta contar con un fuerte papel en la legislación procesal de 1996. Sin duda cabe la mejora al respeto del mismo en la etapa de juicio, en la cual sería conducente garantizar el ejercicio irrestricto y el respeto a este derecho fundamental, tal y como arrojará posteriormente esta investigación.

Por lo pronto, es justo indicar que el CPP de 1996 presenta algunos avances en cuanto al radio de acción que abarca el derecho de defensa, por medio de una positivización de estos, que dan paso a la igualdad dentro del estado de derecho.

Capítulo II

El Derecho de Defensa y su contenido

El proceso penal en un estado de derecho tiene como fin que se ejecute justicia en la sociedad, con atención a normas y principios que garanticen que todas las partes involucradas participen en igualdad de condiciones ante el aparato estatal.

El derecho de defensa penal es el derecho esencial que ostenta el acusado en el proceso, para poder reaccionar ante la persecución pública-estatal y/o privada de que es sujeto.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, establece en su artículo 8, las llamadas "Garantías Judiciales", entre las que advierte el derecho a ser juzgado por juez imparcial y el reconocimiento del principio de inocencia, así como una serie de garantías mínimas enumeradas de los puntos a) a h), los cuales contemplan aspectos tales como el derecho a contar con defensor, el derecho al acceso a los testigos de cargo, etc.

Igualmente, la Constitución Política de Costa Rica de 1949, establece en su artículo 39, el derecho de toda persona de ejercitar su defensa ante las autoridades que lo acusen, consagrándose en el orden constitucional derecho de defensa.

Estas dos normativas, base del orden legal costarricense, si bien garantizan el respeto a este derecho fundamental, no lo definen, por lo que se hace necesario recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para dar con los contenidos y alcances de este.

1. Concepto de Derecho de Defensa

En términos generales, derecho de defensa se define como "oponerse al peligro de un daño, o más gráficamente, el rechazo de una agresión," (Carocca, 1998, p. 13), definición que

inicialmente arroja un elemento claro: si del proceso penal se habla, tanto ofendido como acusado tienen derecho a la defensa, ya que ambas partes eventualmente se enfrentan a agresiones de la contraparte: cuestionamiento de sus testigos, teorías sobre lo que ocurrió el día de los hechos, etc.

Tal como aclara Mora (1994 p. 640):

> En realidad, este principio favorece a todos los sujetos de derecho privado intervinientes en el proceso, no obstante que generalmente se plantea en doctrina y en los marcos constitucionales, como a favor del encausado, es lo cierto que todos los intervinientes en el proceso, con excepción del Ministerio Público que por carecer de derechos subjetivos no le favorecen las garantías individuales establecidas en el marco constitucional, ejercen un derecho de defensa en relación con la tesis que mantienen.

Visto lo anterior, en esta investigación centrada sobre el derecho de defensa ejercido por el imputado, interesa el estudio de la misma desde la perspectiva del imputado, sujeto sometido a la persecución estatal en un proceso penal. En ese orden de ideas, "Defensa" será vista, como indica Carocca (1998 p.18), "al menos como posibilidad de responder a la demanda o acto en el que se formula la solicitud de declaración del derecho por la persona contra la cual se dirige aquella o, en general, contra la que se solicita la declaración del derecho…", persona que es el imputado.

Respecto del imputado, si, como dice Manzini (1951, p. 384), esta calidad "se refiere exclusivamente al sujeto llamado a responder penalmente del delito que se le atribuye y eventualmente llamado también a responder civilmente de su propio hecho", entonces la posibilidad de ejercer la defensa es una reacción a la presencia de un ente que acusa al sujeto de la comisión de un hecho que está en investigación, donde el posible autor tendrá esa posibilidad de enfrentar los cargos por medio de acciones legales, garantizadas en el orden constitucional y legal.

Tal como señala Vázquez, (1989, p.134) "en el estado de derecho y en el proceso moderno, tanto la acción como la defensa integran la estructura de la función estatal de aplicación de la ley, representando una y otra los intereses (persecución penal, defensa individual)

contrapuestos (pero no en pugna) según el énfasis derivado de las diferentes perspectivas en que se sitúan", lo que implica entonces que ambas, acción y defensa, se compensan en el sistemas de pesos y contrafrenos que sostienen el sistema judicial, donde la defensa como ejercicio y acción es parte del proceso, es la respuesta a la autoridad judicial, es la tesis contraria a la posible aplicación de sanciones por parte del Estado.

Deriva de ahí la importancia de la existencia del derecho de defensa en un estado democrático, ya que ha de dar igualdad de posibilidades al sujeto al cual apunta el sistema judicial como sospechoso. Esta necesidad de similitud de oportunidades ante el enjuiciamiento es la que sostiene el ideal democrático en el proceso penal.

Para Gutiérrez-Alviz (1973, p. 761), el reconocimiento del derecho de defensa implica que:

> En el Estado de Derecho, la defensa se contrapone no sólo a la iniciativa agresiva de los demás miembros, sino también a la autoridad del propio estado, que puede ser también potencialmente agresiva. Y como sostén de la libertad individual, la defensa supone precisamente la otra cara de la libertad. En este sentido, la consideración de los derechos fundamentales de la persona a la que se le imputa un hecho en el proceso penal, le afectan en dos aspectos esenciales, el primero es el que le concierte a su libertad, el segundo se refiere a su dignidad

En suma, se tiene que el derecho de defensa es un derecho de respuesta y acción ante el ente acusador, constituido en derecho subjetivo ya que "tratándose de una facultad o posibilidad de actuación de un sujeto, se ha impuesto naturalmente la consideración de derecho (subjetivo), de modo que generalizadamente así se le considera y denomina (derecho de defensa)", como resume Carocca (1998, p. 20).

Es posible distinguir con respecto al concepto de defensa dos sentidos que se suponen e implican mutuamente, según Vázquez (1989, p.142) :

> a)Sentido amplio: deriva en forma directa de los fundamentos constitucionales y aparece como manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica; se relaciona con el concepto de debido proceso y abarca la totalidad de las garantías que rodean al mismo; exige el cumplimiento de los requisitos de legalidad del desenvolvimiento procesal…

> b)Sentido restringido o estricto: concebido como contestación de la acusación, como contrario de la acción, en tal aspecto es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendientes a la exposición de las razones a favor del interés y el derecho el imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa; se expresa procesalmente a través de actos tales como la declaración indagatoria, las intervenciones pertinentes durante el debate contestando la requisitoria fiscal, el ofrecimiento de pruebas y los recursos.

Lleva razón el autor. El derecho de defensa es una garantía constitucional en el tanto se ordena su respeto y su ejercicio, así como su irrenunciabilidad e inviolabilidad. Además, claro está, configura en la práctica, un cúmulo de propuestas y actos en beneficio de la posición del encausado dentro del proceso. Estas acciones procesales que son el resultado del ejercicio del derecho, van acaparadas y han de ser respetadas, por ser este una garantía procesal. Por ello es que tanto el sentido amplio como el sentido estricto del derecho de defensa van de la mano, y dependen para su existencia uno del otro.

Carocca (1998, p.188) explica esta relación garantía- ejercicio, de la siguiente manera: "La facultad esencial que confiere la garantía de la defensa a todas las personas, y de la que prácticamente se arrancan y dependen todas las demás, consiste en la posibilidad de intervenir en los procesos en los que se discutan cuestiones concernientes a sus intereses", intervención que respaldada por la ley procesal y constitucional, derivará en intervenciones en el proceso que la parte acusada considere oportunos para establecer su parecer y posición en el mismo y en cuanto a los hechos que se le acusan, hasta demostrar, si es el caso, su inocencia.

Sobre esta actitud del defensor e imputado como parte de sus ejercicios de defensa, señala Mora (1996, p. 43):

> cabe advertir, así mismo, que el derecho de defensa debe ser no solo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica, además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto; al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan

Vale la pena comentar que el proceso costarricense, como se apreciara en el capítulo primero, actualmente se caracteriza por garantizar una intervención plena de la defensa en el proceso. Más en la práctica, el respeto al defensor ha de fomentarse, pues no son pocos los casos en los que se ataca de manera personal al abogado por su ejercicio profesional, en vez de contrarrestar, la parte interesada, la tesis que sostiene el letrado con argumentos legales y probatorios. No debe olvidarse que, sin importar los hechos en averiguación, el imputado está cubierto por el Principio de Inocencia (establecido en nuestra Constitución Política en el artículo 39) y el defensor solo hace su trabajo, bajo el resguardo de la ley.

Como garantía procesal, el derecho de defensa es inviolable. Indica Binder (1993a, p. 151) que:

> El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.

La inviolabilidad del derecho de defensa se impone como mandato legal a todos los sujetos procesales, siendo de vital importancia su aplicación por el juez y el Ministerio Público, así como por las autoridades penitenciarias, en aquellos casos en que el imputado se encuentre privado de libertad. El defensor, por su parte, debe reclamar la inviolabilidad de este derecho a favor de su representado y él mismo ejercer su función de tal manera que no sea el propio letrado el que afecta el derecho de su patrocinado.

La condición de inviolabilidad implica dar todas las facilidades a la parte para que ejercite su derecho, lo que incluye, nombrarle defensor, evacuar pruebas, respetar los plazos procesales, la privacidad y regularidad de imputado y defensor para preparar la defensa, etc. Explica Castillo (1992 p. 68) “es tan amplio que tampoco discrimina según las etapas del procedimiento: el principio de inviolabilidad de la defensa debe ser efectivo cualquiera que sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa”, por lo que se ha de presentar, como establece el Código Procesal

Penal de 1996, en su artículo 12, desde los primeros actos de la investigación, con el ánimo de impedir que la parte investigada se vea en desventaja con respecto a su posible acusador, en la recolección de prueba e indicios que se produzcan en esta etapa. En igual sentido, y como muestra de la trascendencia del derecho de defensa, se regula esta situación en los artículos 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 96 del Código de Procedimientos Penales de Italia.

En Resolución 1265-04, el Tribunal de Casación consideró, por ejemplo, que se trasgredió el derecho de defensa en un caso en que no se solicitó en tiempo, para debate, defensor para el imputado:

> Esta ausencia de patrocinio letrado, evidentemente trajo como consecuencia que no hubiese sustanciación, ya que no se dio realmente audiencia a la defensa, ni posibilidad de asistencia técnica al sindicado para ser debidamente representado, por lo que teniendo la posibilidad legal de ser asesorado técnicamente de manera diversa al sometimiento de un proceso abreviado, se le negó tal oportunidad. V.M.E.M tenía derecho a ser asistido por un defensor de su elección, o si no podía costearlo, por un defensor público, máxime que –como sucedió- se le asignó un defensor distinto, que pudo haber planteado una estrategia de defensa diferente en el debate, pero dicha ocasión se vio menguada, toda vez que el Tribunal de Juicio solicitó el nombramiento del defensor hasta el día 20 de septiembre de 2.004 con posterioridad al dictado de la sentencia, la cual fue emitida sin que se realizara la audiencia respectiva, lo que indudablemente condujo a que se presuponiera que el endilgado mantenía el acuerdo del procedimiento abreviado precedente, situación de la que no se dio traslado al principal interesado: el acusado, quien además no fue asistido por un defensor técnico in situ (Tribunal de Casación Penal. Resolución 1265-04, de las 15:00 horas, del 3 de diciembre de 2004).

Como se aprecia, el derecho de defensa debe garantizarse en todas las fases procesales, velando el ente judicial porque el acusado esté en capacidad procesal para ejercer el mismo. El patrocinio letrado es esencial para lograr un plan de defensa que se ajuste a los intereses y necesidades del acusado. Es por esto que incluso el período de tiempo con que se cuente con el defensor es trascendental, para lograr una comunicación fluida y apropiada entre ambos, así como para preparar el sustento probatorio de la tesis de la defensa y el contenido de la declaración del encartado, si fuese a rendirla.

El derecho de defensa es irrenunciable. Carocca (1998 p. 21) explica "que la defensa sea irrenunciable, significa que no puede ser objeto de renuncia por la parte procesal. Es decir, ésta no podría por propia voluntad decir que no se le conceda la oportunidad de defenderse en un proceso en que se discutan cuestiones en las que tenga interés", respondiendo esta posición a la necesidad imperiosa de su existencia para que subsista el proceso democrático. Por ello, no puede el imputado negarse a ser defendido de una u otra forma, sea por un defensor de su confianza, por un defensor público, o por sí mismo, como estipula el artículo 13 del Código Procesal Penal.

En igual sentido, su naturaleza de derecho fundamental lo hace inherente a la condición de ser humano, por lo que permitir la renuncia del mismo resta dignidad al sujeto procesal del imputado y lo volvería un simple objeto.

Sobre la defensa del imputado por sí mismo y por un profesional en derecho se ampliará más adelante. Más cabe acotar en este punto que la irrenunciabilidad del derecho de defensa es en protección de los intereses del imputado, reclamados por este por medio de su representante o por sí mismo. Por ende, dice Llobet (1999, pp.235-236) que:

> Fundamental en un proceso penal es que se garantice el derecho de defensa del imputado, tanto material como técnica. Ello supone el derecho del imputado a conocer la acusación y a poder manifestarse con respecto a la misma, el derecho a una defensa técnica, incluso pagada por el Estado, que lleve en lo posible a una igualdad de armas con la acusación representada por el Ministerio Público y los eventuales querellantes, unido mal derecho de ofrecer prueba de descargo y a combatir la prueba de cargo, pudiendo examinar la misma, por ejemplo interrogar a los testigos que existen en su contra. Igualmente implica el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Estas acciones carecerían de interés al proceso si no hay derecho a ejercerlas. Se debe entonces concluir que el derecho de defensa penal del imputado es un derecho reactivo ante la acción estatal que acusa, derecho fundamental, irrenunciable e inviolable por esta condición, y que ha de ejercerse a lo largo de todo el proceso con miras a velar por la figura del imputado en la causa penal y a conseguir del proceso las mejores condiciones para el mismo.

2. Contenido del Derecho de Defensa

Al ser un derecho fundamental, tal cual se establece en el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como ya se indicara, el derecho de defensa no acaba con su simple nominación en estos cuerpos normativos, sino que se extienden a un sinnúmero de posibilidades para llevarlo de la letra de la ley a la práctica. Los alcances de este derecho han de ser desarrollados en esta sección, con lo que quedará determinado qué comprende el ejercicio de este derecho.

2.1 El ser asistido por un defensor de su confianza

En primer término, el imputado tiene derecho a contar con asistencia letrada, tal y como se indica en el artículo 8 inciso d) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante), además de que esta asistencia sea de su escogencia, y de la facilidad de comunicarse con su defensor en todo momento. En caso de no tener defensor de su elección, el Estado, conforme al inciso e), ha de proporcionar patrocinio letrado al imputado. Se establece que el acusado podrá defenderse solo, si así lo considera pertinente. Dato interesante es que la Constitución Política de Costa Rica no contempla el derecho a la defensa técnica, ni la obligación del Estado de brindarla, como si lo hace, por ejemplo, la Constitución de Ecuador (citada por Terán Luque, El debido proceso penal. El derecho a la defensa. www.dlh.lahora.com En: http:// www.dlh.lahora.com.ec/judicial/PAGINAS/Dppenal.85.htm (11-04-05), en su artículo 24, el cual establece

> Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda, persona que no disponga de medios económicos

o en su caso, la Constitución Nacional de la República de Argentina, la cual regula en su artículo 18 la inviolabilidad de la defensa en juicio (Elizondo, Giosfre, Gallo, Ocaña, Trabajo Práctico 1.

Comisión7731.todoiure.com.En:http//www.todoiure.com.org/monografias/penal/trabajos_practico_1.html. (5-3-05), garantizando ambas el derecho de defensa técnica y la defensa pública proporcionada por el estado, lo que por el orden constitucional, lo impone en el orden legal.

En apartados siguientes se desarrollarán los temas de la defensa letrada o defensa técnica y la defensa ejercida por el imputado, o defensa material. Por ahora, debe destacarse la importancia de la libertad de elección de abogado defensor.

Siendo que el peso de la persecución estatal recae en el imputado, es parte de su derecho de defensa el contar con asistencia legal en el transcurso de todo el proceso. El abogado defensor, y en vista de que su presencia es parte de la garantía del derecho de defensa, debe ser libremente escogido por el acusado, ya que en el primero yacerá la confianza del segundo. Indica Binder (1993 a, p. 156), sobre el abogado defensor que "se trata de un asistente de confianza, y, por lo tanto, el imputado debe tener la mayor libertad posible para elegirlo. Es él quien debe controlar la calidad del defensor y quien debe admitirlo o nó", lo que deja ver que el letrado no es más que un auxiliar de la causa del imputado, permitiendo que este último no solo guíe en su defensa al abogado, sino que han de discutir estrategias de defensa, pruebas a ofrecer o resultados de pruebas ya evacuadas y otras posibles acciones a tomar u omitir.

Ambos, imputado y su defensor, forman un consorcio que llevan un frente común, en el cual la información y opinión del acusado debe congeniarse con los conocimientos legales y procesales del defensor.

Dice Binder (1993 b. p. 146) sobre este punto que

> el defensor penal es, fundamentalmente, un custodio de las garantías dentro del proceso. No es un custodio del mismo modo que lo es el juez, cuya misión es vigilar que el proceso sea lo que se conoce como un "debido proceso". El defensor es un custodio respecto del imputado; es quien tiene que velar para que todo el conjunto de las garantías previstas a favor de las personas se cumpla efectivamente dentro del proceso.

Por ello es de vital importancia se desarrolle la confianza y la confidencialidad entre el defensor y su patrocinado, ya que si el conoce y aplica el derecho, debe tener toda la información

posible que le de su representado, para tratar a la misma según su importancia y pertinencia en el proceso, conseguir y solicitar la prueba de descargo, hacer las observaciones necesarias en las actuaciones de la investigación, y organizar toda una maquinaria de defensa para el plenario. Si el abogado es un custodio de los derechos del imputado, debe saber frente a qué realidad deberá representarlos.

Las opiniones en doctrina sobre el defensor penal coinciden en un punto esencial: por la naturaleza coercitiva del proceso penal y los eventuales resultados negativos para la libertad y otros derechos del encartado, el abogado designado para el caso debe tener conocimientos en la materia penal y procesal penal notables. En tal sentido apunta Vázquez (1989, pp. 167-168)

> También debe señalarse- aunque esto no hace a los requerimientos formales- la necesidad de que quien se desempeñe como defensor penal cuente con conocimientos específicos, dedicación y reales posibilidades de desenvolvimiento idóneo. Las exigencias crecientemente técnicas del proceso y la materia en análisis, como así también los altos intereses en debate, exigen, indudablemente, un nivel de especialización y jerarquía que no puede desconocerse.

En igual sentido, Binder (1993 b, p. 141)

> es en el defensor donde se manifiesta más claramente la ruptura de barreras entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. El defensor penal no es un penalista o un procesalista penal. Él debe manejar, con el mejor nivel que esté a su alcance, ambos saberes, y no en forma separada, sino integrados de una manera sumamente precisa. Él es, tal vez, quien tiene que tener más presente que ninguna esta relación.

Porque un defensor que no conozca el sistema procesal en que se desenvuelve no estará atento, como es fácil suponer, al desenvolvimiento y oportunidades del proceso, dejará pasar plazos, no evacuará prueba en su momento y sobre todo, al no conocer los alcances procesales de su actuación, no representará debidamente al acusado, quebrantándose en contra del mismo el derecho de defensa que la ley le garantiza. Es por esta razón que sin duda es causa de indefensión estar representado por un abogado descuidado, poco estudioso de la ley y de los autos, o desatento a las opiniones del encartado, ante lo cual el imputado puede variar de defensor cuando lo considere pertinente. En estos casos, siempre resulta prudente que abogado y acusado

discutan la disconformidad del segundo sobre la práctica profesional del letrado, ya que si es atendible el reclamo y se logra aclarar cualquier malentendido, evitar el cambio de abogado puede resultar un beneficio para el imputado, pues no tendrá que entablar, de nuevo, la relación de confianza necesaria para la buena marcha de la causa con un defensor que desconoce los autos.

En nuestro sistema procesal penal, la limitación al cambio de defensor está contemplada en los artículos 102 y 104 del CPP, en los que se establece que en caso de que el imputado cambie su defensor, el profesional sustituido no podrá abandonar el puesto hasta que su reemplazo asuma la causa (art. 102). Esto, como es de suponer, responde a la inviolabilidad del derecho de defensa, con la intención de que en ningún momento el imputado se quede sin su defensa.

Por su parte, el artículo 104 establece que el defensor no puede renunciar a la defensa durante la audiencias o después de que estas hayan sido notificadas. En caso de no presentarse, se podrá comunicar al Colegio de Abogados para el trámite disciplinario correspondiente. Si el imputado no nombra nuevo defensor, se le debe asignar uno público. Por ende, sea que el imputado cambie de defensor o que este renuncie, se prevén las medidas para evitar la indefensión.

Parte también del ejercicio del derecho de defensa, es que no se limite en forma alguna la intervención del abogado y acusado en el sumario. Así, Vázquez (1989, p.159) indica que “es lógico que este derecho sería ilusorio y meramente retórico si no se posibilitase paralelamente la inmediata actuación del defensor, a quien no pueden ponerse trabas en su labor”, trabas que van desde no poder consultar el expediente cuando lo requiera, hasta entorpecimiento por parte de las autoridades para ejercer su labor, como no evacuar la prueba que solicite, tener poca o ninguna comunicación con su representado, etc. Por parte de la autoridad judicial no debe obviarse llamar al defensor cuando va a realizarse algún acto o evacuación de prueba dentro del sumario, ya que la presencia del defensor y del imputado es indispensable para que estos participen y puedan hacer las observaciones del caso.

Específicamente sobre el derecho de comunicación defensor-defendido, es esta una de las facetas más importantes del derecho de defensa, pues sin un contacto adecuado entre ambos, no solo no se desencadena una relación de confianza, sino que se imposibilita el intercambio de datos necesario para la buena marcha de la causa. No en vano afirman Fernandino y Porras (1996, pp. 309-310)

> El derecho de comunicación del imputado con su defensor constituye una de las facetas más importantes del Derecho de Defensa, al dársele a aquel la posibilidad de recibir en privado la asesoría técnica de su abogado, preparar su declaración, valorar la conveniencia de ofrecer determinada prueba, llegar a determinado arreglo con la otra parte, etc.

Así las cosas, debe darse por sentado que la comunicación con el abogado es parte del derecho de defensa, quizá la piedra angular sobre la que se sostiene la elección de defensor. El Código Procesal Penal establece este contacto en los artículos 82 y 109, aún cuando de manera expresa no regula como tal el derecho de comunicación.

Tratamiento especial requiere el imputado que se encuentra privado de libertad durante la tramitación de la causa, pues el defensor debe tener acceso al centro de reclusión en el que se encuentre detenido su defendido, cuando lo requiera. Apunta Vázquez, (1989, p.159) que "en aquellos casos en que el justiciable se encontrase detenido, las condiciones de tal privación de libertad no pueden ser nunca trabas al contacto con el abogado, quien podrá visitarlo libremente en el establecimiento de detención, debiéndose contar en tales lugares con sitios apropiados para un diálogo privado", sin que se interrumpa esta comunicación, y por su puesto, sin que se grabe o se registre de manera alguna. La privacidad de las comunicaciones es primordial, como se establece en el artículo 109 del Código Procesal Penal, a pesar de las limitaciones que las instalaciones carcelarias presenten. Es obligación del defensor solicitar un lugar privado para sus entrevistas, que cuente con condiciones mínimas para conversar abiertamente con su patrocinado, y en el que se resguarde el secreto de lo que ellos se comuniquen.

Quedando claras las funciones del defensor escogido por el imputado, debe hacerse una pausa y analizar la imposición del defensor de oficio o defensor público, cuando el encausado no tenga o no pueda afrontar los gastos de un abogado.

Bajo estas circunstancias, tal y como dice Vázquez (1989, p.159), "en caso de que no pueda, no quiera, o demore en la institución de su abogado, deberá procederse sin tardanza a proveerlo de un defensor oficial." Esta situación está contemplada en el inciso e) de la CADH, así como en los artículos 82 y 93 del Código Procesal Penal en los cuales, para los casos en que no se cuente con defensor de la elección del encartado, se le asignará defensor público.

La obligación estatal de proveer asistencia letrada gratuita al imputado responde al principio de inviolabilidad de la defensa. Entonces, aún cuando se limitara el derecho de elección, ya que se impone el defensor al imputado contra su voluntad, o porque su defensa privada no comparece a los actos, esto se ve amparado por la trascendencia del derecho superior tutelado: el derecho de Defensa. Así, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

> Es necesario indicar que el ordenamiento jurídico procesal penal establece que el derecho de defensa constituye un derecho irrenunciable tal cual lo refiere el artículo 13 del Código Procesal Penal en tanto establece que la persona imputada tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada desde el primer momento de la persecución penal. Ello, en coherencia con el artículo 39 de la Constitución Política que prevé como derecho fundamental y una garantía del debido proceso el ejercicio de la defensa dentro del proceso penal; así como en armonía con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados de derechos humanos que prevén el derecho de estar representado por un abogado/a como una garantía requisito del debido proceso. Como parte del contenido del derecho de defensa se garantiza el derecho a la libertad de elección de la persona imputada en torno al profesional en Derecho que represente sus intereses… Aunado a ello, igualmente en el ejercicio del derecho a la libre elección de la defensa técnica, el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial asegura los servicios de la Defensa Pública a toda persona que voluntariamente así lo solicite. Básicamente, dos argumentos fundamentan esta libertad de elección, sea que recaiga en una representación letrada particular o pública. Por un lado, constituye una forma por parte de la persona de ejercer el derecho humano a la dignidad y a la libertad de determinación y por parte del Estado de respetar y garantizar la autonomía personal, en atención a los artículos 24, 28 y 33 de la Constitución Política, a los artículos 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los artículos 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otro lado, dada la naturaleza propia y características de un proceso penal, el derecho de la persona imputada a la libre elección de su abogado/a se apoya en la búsqueda de una relación de confianza entre la persona y el abogado/a en la cual depositar el secreto profesional, confianza que genera al asistido las condiciones profesionales y humanas de quien le representa en su defensa técnica. Sin embargo, el derecho humano a la libre elección del abogado/a de confianza puede ser restringido por parte del Estado. El Preámbulo y los artículos 29 inciso c) y 30 de la Convención

> Americana sobre Derechos Humanos permiten la restricción por parte del Estado al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, como podría ser el derecho del imputado/a a elegir libremente a su abogado/a de confianza, siempre y cuando se apliquen tales restricciones conforme a leyes que se dicten por razones de interés general, que sean necesarias para una sociedad democrática o que permitan una mayor protección de derechos y garantías esenciales e inherentes al ser humano. En consecuencia, la restricción debe venir establecida por la misma ley por respeto al principio de legalidad propio de un Estado de Derecho como el que delinea la Constitución Política de Costa Rica según los artículos 9, 11 y 154 de la Constitución Política y el artículo 1 del Código Procesal Penal. Lo anterior deja claro que, entonces, los límites al derecho de libre elección de la persona en su decisión para designar un defensor/a que le asista en un proceso penal única y legítimamente pueden constituirse por aquellos supuestos que prevea de forma expresa la ley con el propósito de garantizar en mayor grado el esencial derecho de defensa, otorgándole una mayor protección. Así, el Código Procesal Penal prevé como supuestos de restricción de ese derecho los contemplados en sus artículos 93, 104 y 294. En estos casos resulta legítimo limitar el derecho en comentario mediante la designación de un/a profesional de la Defensa Pública impuesta por alguna autoridad fiscal o jurisdiccional, aún en contra de la voluntad de la persona imputada. Se trata de casos como la reiterada incomparecencia de la defensa técnica particular a la declaración de la persona imputada, la incomparecencia de la defensa técnica particular a la declaración de la persona imputada sin designación posterior de otra por parte de la persona imputada, el abandono o renuncia de la defensa técnica particular sin posterior nombramiento de otra por parte de la persona imputada, y de anticipos jurisdiccionales de prueba de carácter urgente esté o no individualizada la persona imputada. El fundamento de la limitación en casos como éstos se comprende a partir de que en tales situaciones extremas debe el Estado asegurar y garantizar el derecho de defensa a través de la intervención de la Defensa Pública, ante los obstáculos que para el ejercicio de tal derecho derivan de una particular actitud obstaculizadora de la defensa técnica particular, de una actitud pasiva de la persona imputada en la elección de su defensor/a o de la suma urgencia de la anticipación jurisdiccional de un acto en un proceso se haya o no individualizado la persona imputada (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1268-05, de las 9:00 horas, del 14 de de noviembre de 2005.)

La figura del defensor proveído por el Estado, llámese defensor de oficio, defensor público u otras denominaciones que recibe en doctrina, responde a la obligación del Estado de mantener el equilibrio y la igualdad en el proceso penal, así como de velar por que se respete el derecho de defensa. Si el sujeto perseguido penalmente no cuenta con los medios económicos para proveerse su propia defensa, no debe el Estado hacerse de la vista gorda ante esto y dejar en indefensión al mismo, sino que ha de garantizar un ejercicio equitativo de la defensa, trayendo al proceso a un profesional que se haga cargo de la causa penal a favor del imputado.

En el caso de Costa Rica, la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 150 al 159 establece la existencia de la Defensa Pública, la cual estará encargada, conforme al artículo 152 de proveer defensor a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. En aras de proteger la inviolabilidad de la defensa, el artículo 159 establece la posibilidad de asignar defensa de oficio a todo abogado con oficina abierta, en caso de no haber defensor público que pueda hacerse cargo de la causa. En resumen, como afirma la Sala Tercera:

> debe decirse que la Defensa Pública es un órgano del Poder Judicial creado para garantizar el derecho a la defensa técnica, nada más. Es decir, su tarea consiste en velar porque durante el proceso, a la persona sometida al mismo se le respeten las garantías que el ordenamiento jurídico (nacional e internacional) le reconocen, de manera tal que en todo momento se respete el debido proceso. Lo que se le reprocha a la defensora pública en este caso, es no haber actuado a favor del interés que tiene el encartado de que no se dicte una condena en su contra, pero eso es una defensa a ultranza que resulta ajena al concepto de defensa técnica y que además excede la vinculación de la defensa al resguardo estricto de los derechos (que son distintos de los intereses) del acusado. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Res. 260-05 de las 9:10 horas del 8 de abril de 2005)

Muchas son las críticas que recibe el defensor de oficio, entre las cuales está el no poner especial interés a los asuntos que tiene a su cargo, que la cantidad de trabajo no le permite realizar a conciencia su función, la falta de esfuerzo y dedicación a las causas que tramita, etc. Sin embargo, si debe quedar claro que el defensor asignado por el ente estatal debe cumplir con los mismos requisitos que se esperan del defensor de confianza asignado en forma privada, debe tratar a lo máximo el establecer esa confianza con su patrocinado, tener comunicación con el mismo, cumplir su papel procesal a cabalidad y ante todo, representar los intereses de su defendido.

Llama la atención la definición que la Universidad Complutense de Madrid da en su Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario (ucm.es, En: http//www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/defensa.htm, (5-3-05), sobre la defensa técnica proveída por el estado español:

> Si se impone un abogado desconocido para el inculpado, la defensa no es nada. La relación profesional abogado-defendido es personalísima y no pude ser sustituida,

> asimilada o confundida con situaciones ajenas o extrañas a los conceptos de asistencia letrada y de defensa, que se llamarán con el nombre que se quiera, pero que no son asistencia ni defensa, sino algo muy distinto. Como ha expuesto la sentencia del Tribunal Constitucional de 180/90 de 15 de noviembre, " la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de Abogado del turno de oficio, pues dicho precepto del Convenio (se refiere al art.6-3 c) del Convenio de Roma) no habla de "nombramiento" sino de "asistencia" expresión idéntica a la del art 24.2 C.E de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una "asistencia técnica", ya que si se interpreta de una manera formal y restrictiva la "asistencia judicial gratuita" tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión"

La relación de intimidad, parte del derecho de defensa, debe instaurarse a toda costa, por lo que lleva razón el tribunal español al afirmar que esta defensa puede estar vacía sino se logra la identificación entre el imputado y el defensor. Por ello, y siendo que no se puede prescindir de la obligación estatal de dar asistencia letrada, es que el defensor de oficio debe dar lo mejor de sí para lograr este vínculo y con ello garantizar la mejor representación al imputado.

2.2 Ser intimado de los hechos que se le imputan

Contemplado en el inciso b) del artículo 8 de la CADH, así como implícitamente en el artículo 39 de la Constitución Política, el derecho a la intimación consiste en que se pongan en conocimiento del sujeto investigado, desde el inicio de la causa penal, los hechos por los que se le acusan, así como las pruebas en que se basan estas acusaciones. La intimación de los hechos no es más que un acto formal o informal dentro del sumario, en que el acusado tiene contacto por primera vez o varias veces conforme avance el proceso, con una descripción precisa de los delitos por los que se le persigue, con el fin de que el mismo pueda defenderse de este "ataque" en su contra, con las pruebas y argumentos que sean pertinentes. Carnelutti (1950, p. 9) lo explica de la siguiente manera:

> Contenido de la imputación no puede ser otra cosa sino la descripción del delito que constituye la materia de la sospecha. Y puesto que el delito es un hecho jurídico, o sea un hecho conforme al supuesto de una norma jurídica, el contenido de la imputación se resuelve en la afirmación de que una persona (imputado) ha cometido un hecho previsto por una norma penal. Exactamente, pues, tal contenido se escinde

> en tres partes: a) afirmación de un hecho; b) afirmación de un supuesto penal; c) afirmación de conformidad del hecho con el supuesto penal.

La esencia de la imputación es dar a conocer el contenido de la causa penal a la defensa, así como las actuaciones que se han realizado. Sin esta información, es materialmente imposible realizar cualquier acto por parte de la defensa técnica y material, puesto que no se conocen los elementos a los cuales se ha de dar respuesta y contraataque. Como afirma Vázquez (1989 p. 156), "el primer requerimiento para poder responder a una imputación y efectuar una defensa, es el estar en conocimiento de lo que se atribuye. Es de elemental evidencia señalar que si no se conoce el tenor de una acusación, resulta prácticamente imposible una respuesta".

La imputación de los hechos, se ha dicho, puede ser de carácter formal o informal, dándose desde las primeras sospechas en contra del acusado, hasta la existencia de una acusación formal instaurada por el Ministerio Público.

Sobre la formalidad de la imputación, Binder (1993 a, p. 152) opina que

> El derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de tal imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa. Por lo tanto el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que esta sea. Esto incluye las etapas preprocesales o policiales; vedar durante estas etapas el derecho de defensa es claramente inconstitucional.

Si, como dice Carocca (1998, p. 244), "la pregunta que surge entonces es en qué grado de certeza de participación, debe hallarse el sujeto pasivo de un proceso penal, para que le corresponda el ejercicio del derecho fundamental de defensa", con una cita del mismo autor se responde su interrogante: "compenetrados en el significado de esta garantía constitucional, no parece difícil arribar a una conclusión: cualquiera."

Este criterio es sostenido por Sala Tercera, al asegurar que el derecho de intimación debe llevarse a cabo por cada autoridad que le sea pertinente:

> Así, se establece que el inculpado tiene derecho a que se le comunique, previamente a que rinda declaración indagatoria, en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, informándosele sin demora en un idioma que comprenda – artículos 8.2 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 inciso a) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, los artículos 82, 92 y 303 del Código Procesal Penal contemplan también tales derechos, en consecuencia al imputado se le debe hacer de su conocimiento, desde el momento mismo de su detención inicial, por la Policía Judicial, el Ministerio Público o los jueces, según corresponda, que tiene derecho a presentarse ante el órgano acusador o la autoridad jurisdiccional, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan. Igualmente, al recibírsele declaración indagatoria, el funcionario que la reciba, le comunicará detalladamente cuál es el hecho atribuido, su calificación legal y un resumen del contenido de la prueba existente. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Res: 984-03 de las 10:20 horas del 31 de octubre de 2003)

En el proceso penal costarricense, son varios los momentos en que se intima al imputado sobre los hechos que se le acusan. El primero es, sin duda, en el momento de su captura y previo a dar declaración, conforme al artículo 82 inc. a) y 91 del CPP. Sin embargo, aún antes de la declaración del encartado, pueden darse actos de investigación en los que el mismo participa y en los mismos se le ha de poner en conocimiento de los hechos que se investigan.

Si bien el acto inicial de imputación formal puede considerarse el momento de su primera declaración, la investigación previa irá arrojando datos que se han de poner en conocimiento del posible encartado, para que éste ejerza sus derechos. Actos como el allanamiento del domicilio del imputado, con base en el artículo 193 CPP, implican la obligación de la autoridad practicante de notificar al acusado qué es lo que se investiga lo que se busca en el lugar que se allana.

Advirtió Cruz (1989, p. 57), respecto al Código de Procedimientos Penales de 1973:

> El reconocimiento del derecho de defensa es especialmente difícil durante el sumario de investigación policial, no solo por el hecho de que en la práctica se excluye al abogado defensor, sino porque durante esta etapa pueden violarse las reglas básicas del Debido Proceso, al admitirse, como indicio probatorio, las manifestaciones extrajudiciales y las declaraciones judiciales viciadas, así como las evidencias probatorias obtenidas ilícitamente por la policía.

Sin embargo, con el CPP de 1996, y la salvaguardia contemplada en los artículos 12 y 13, que consideran la presencia del defensor y del imputado desde los primeros actos de la investigación, se garantiza el conocimiento de la defensa de los hechos y sus pruebas desde el inicio del proceso y a lo largo de este, lo que permite sin duda un mayor intervención como parte interesada. La Sala Tercera de Casación Penal, ha dicho sobre el momento de la intimación de los hechos al imputado lo siguiente:

> Resulta claro entonces, que el inculpado debe –dentro de un plazo razonable para ejercer su defensa- conocer la hipótesis que maneja el ente acusador, así como también la prueba que existe en su contra, pues esa resulta ser la única forma de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. Esta Sala de Casación ha establecido que la intimación es un acto que goza de una formalidad tal, que constituye un requisito sine qua non para proceder al traslado de la acusación que formula el órgano requirente... Si bien la jurisprudencia ha puntualizado en relación a la necesidad de intimación previa al acto de traslado de la acusación, tal y como lo establece el artículo 309 del Código Procesal Penal ("la acusación o la querella no se trasladará al tribunal del procedimiento intermedio, si antes no se le ha dado oportunidad al imputado de rendir declaración"), lo cierto es que, partiendo de una interpretación sistemática tanto de las garantías judiciales establecidas en el Pacto de San José, como de la Constitución misma, debe entenderse que esa declaración debe ser recibida por el Ministerio Público desde el momento en que existe "motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible", en los términos que reza el artículo 91 del Código Procesal Penal, pues esa es la única forma de lograr que ese derecho de defensa tome vida dentro de un proceso penal de corte acusatorio. Lo contrario equivaldría a permitir que el Ministerio Público investigue y acuse a espaldas del imputado, convirtiendo en nugatorio su derecho de defensa dentro de la fase preparatoria del proceso. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1371-05 de las 9 horas 6 minutos del 5 de diciembre de 2005)

Por ello, es claro que en todo momento del desarrollo del sumario debe la defensa ser puesta en conocimiento de los avances de las pesquisas que se van dando, desde la fase de investigación hasta la etapa de debate. Esto con el ánimo, como resulta lógico, de que en cada etapa procesal el defensor desarrolle los actos procesales que le competen y le permiten ir guiando los resultados de la investigación en procura de los intereses de su patrocinado.

En la fase investigativa, se va aportando información que podría ser parte de la acusación fiscal que da fin a la etapa de investigación, por lo que en todo momento debe el acusado tener contacto con los elementos de prueba que se vayan recabando y con las conclusiones a las que

vaya llegando la investigación. Como apunta Binder (1993 a. p. 154) parte del derecho a la intimación, entonces, "implica que el imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a la información que se va acumulando a lo largo del procedimiento", para que prepare en su defensa las pruebas de descargo a presentar cuando corresponda, de acuerdo con el momento procesal y a la conveniencia para sus alegatos.

Más avanzado el proceso, y con la finalización de la etapa de investigación, la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, pieza con la que se irá a debate a demostrar la culpabilidad del imputado, es el otro momento en que se imputan los hechos al acusado, contando con la oportunidad procesal, en la audiencia preliminar, de manifestarse la defensa con respecto a esta, oponerse a la prueba de cargo, además de ofrecer la prueba de descargo que llevará a debate.

Este momento procesal, contemplado en los artículos 317 y 318 del CPP, es de suma importancia para la defensa, pues la prueba que se admita para debate quedará constando desde este momento, tanto del acusador como del acusado, lo que puede implicar dar un giro en la estrategia de defensa en atención a los elementos que arroje el material probatorio. Por ello, defensor y acusado deben conocer e indagar sobre la prueba ofrecida y admitida para debate, ya que el conocimiento de esta no solo es derecho de la parte, sino que es la muestra de los hechos que se persiguen y contra los cuáles se debe argumentar.

Respecto a este requerimiento fiscal, expresa Carocca (1998, p.260) que "la acusación no puede estar formulada de cualquier manera y contener cualquier elemento. Por el contrario, la necesidad de que sea notificada al sujeto pasivo, y de que sea eficaz para permitir el ejercicio de la defensa por el acusado, determina que deba reunir algunos elementos esenciales", requisitos que en la legislación procesal penal de Costa Rica se encuentran en el artículo 303 del CPP, entre los cuales se ubica, como es de esperar, la descripción y enumeración de la carga probatoria que lleva la acusación.

Por último, en la etapa de juicio, con la lectura de esta pieza acusatoria (art.341 CPP) es que se da inicio al contradictorio y a la evacuación de las pruebas de cargo y descargo previamente ofrecidas y aceptadas en el Auto de Apertura a Juicio. Por ello, cualquier variación

en la acusación, como se verá en su momento, resulta violatoria del derecho de imputación y por ende del derecho de defensa.

Sobre este punto, la calificación legal de los hechos debe ser igualmente clara, para que la defensa pueda referir su estrategia incluso a la posible imposición de la sanción. Así, "también en cuanto a la calificación jurídica, el juez debe velar para que no se tome al imputado por sorpresa, pues de lo contrario se estaría violando su derecho de defensa". (Tribunal de Casación Penal. Res.1030-03, de las 11 horas 16 minutos, del 16 de octubre de 2003).

En suma, el derecho de imputación se encuentra presente a lo largo de todo el proceso, en atención al derecho de la parte acusada de conocer los cargos que se tienen en su contra y responder a estos oportunamente como parte principal de su derecho de defensa. La información que reciben abogado e imputado debe ser fidedigna y corroborable en el expediente, por lo que el Ministerio Fiscal debe cumplir con el deber de lealtad al que le obliga el artículo 127 del Código Procesal. Por su parte, la defensa, en atención a este mismo artículo, está en la obligación de litigar conforme con la legalidad que las normas procesales le establecen.

2.3 Acceso a la prueba

El derecho de acceder la prueba por parte del imputado está contemplado en el art. 8 inc. f de la CADH y en los artículos 95, 180, 182 del Código Procesal Penal, entre otros. Este derecho implica no solo que la defensa y su representado tienen la facultad de hacer llegar a la causa todas aquellas pruebas que consideren pertinentes (y que estas sean evacuadas), sino además tener conocimiento y contacto con todos los elementos probatorios que sean de cargo, cuestionarlos, analizarlos y hacer constar sus observaciones sobre los mismos. El imputado, señala el artículo 8 inciso a de la CADH, así como el numeral 14 del CPP, tendrá derecho a un intérprete cuando lo considere necesario para entender el idioma y poder con ello comprender el contenido de las pruebas de cargo y las que aporte de descargo.

El Tribunal de Casación Penal en Resolución 0018- 2005 dice sobre el derecho al traductor:

> el nombramiento de intérprete para el imputado es mucho más amplio; por cuanto, aunque el mismo tenga asistencia técnica de un abogado defensor, ésta no puede prevalecer sobre la defensa material; debiendo estar en todo momento informado de lo que sucede durante la celebración del debate. Asimismo, en este mismo sentido cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 8.2 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual expresamente establece la obligación del Estado de otorgar traductor al imputado durante todo el proceso." (Tribunal de Casación Penal. Res. 0018- 05 de las 8 horas con 45 minutos del 27 de enero de 2005)

Esto resulta lógico, ya que debe serle posible comprender y asimilar lo que sucede en los actos de la causa penal, comunicarse con su defensor, atender a la prueba, y declarar a su favor con toda soltura, sin que el lenguaje represente un obstáculo para ejercer sus derechos y reclamar se cumpla con sus garantías procesales.

Como parte del proceder que entraña el derecho de defensa, el acreditar la tesis de descargo o desacreditar la acusación del fiscal son dos de las posibilidades con que cuenta el imputado, y los elementos de prueba que pueda aportar al sumario resultan de vital importancia para ello. Siguiendo a Carocca (1998, p. 286), tenemos que

> El reconocimiento de la garantía de la defensa, en materia de prueba se ha traducido en el otorgamiento de una serie de facultades a favor de los litigantes, las más importantes serían las siguientes: a que se abra un término probatorio suficiente; a proponer sus medios de prueba; a que los medios de prueba debidamente propuestos sean admitidos; a que la prueba admitida sea practicada; y, finalmente, a que la prueba practicada sea valorada por el tribunal

Así, el poder de la defensa de hacer llegar prueba al sumario conlleva la necesaria oportunidad procesal para ofrecer y tener contacto con la prueba, traducida en tres momentos en el CPP:

Conforme con el ya citado artículo 95, desde la declaración del imputado este puede poner en conocimiento del Ministerio Público la prueba que desea se evacue en la etapa de investigación, posibilidad que se extiende durante toda esta fase del proceso.

Con el inicio de la fase intermedia, traducida en la Audiencia Preliminar, contemplada en el artículo 316 y siguientes, es que puede la defensa ofrecer su prueba para debate, la cual deberá

ser estudiada por el juez, quien se pronunciará sobre la admisibilidad de la misma en el Auto de Apertura a Juicio. Se regula en esta fase procesal que incluso, en el desarrollo de la Audiencia, se evacue prueba, de ser considerado necesario por el juez, con vista en el numeral 318 del CPP.

En la etapa de debate, en el cual impera la oralidad (art. 333), solo la prueba documental y otros supuestos pueden ser incorporados por lectura (art.334). Los testigos y peritos, se atenderán en la audiencia oral. Ambos tipos de prueba han de ser valorados por el tribunal en sentencia. Durante el debate, es parte de la actuación de la defensa acceder a estas pruebas, interrogar a los testigos, solicitar lectura de documentos, exhibición de videos, y la reproducción de cualquiera otra prueba que el defensor o la contraparte hayan propuesto.

Además, con fundamento en el artículo 355, puede la parte solicitar prueba para mejor proveer, cuando surjan hechos o circunstancias nuevas, lo que permite, en el caso de la defensa, preparar su alegato en cuanto a estos. Igualmente, con vista en el artículo 320 del Código Procesal Penal, es también prueba para mejor proveer aquella que es rechazada en el Auto de Apertura a Juicio y puede volver a ser ofrecida en la fase de debate.

No debe olvidarse la importancia de la prueba de descargo, puesto que la misma puede ser la última posibilidad de salir airoso del acusado ante la persecución estatal, por lo que la misma no debe ser traída a menos a lo largo del proceso y menos aún en el contradictorio.

Tal como especifica Beltrán (1997, pp. 467-468), la prueba de la defensa trae consigo varios fines:

> a) Preservar o reforzar la presunción de inocencia. Si esta conlleva que ni la participación en los hechos ni la concurrencia de los elementos del tipo se presumen, sino que han de demostrarse suficientemente por quien acusa, la prueba de descargo puede dirigirse a la demostración de la atipicidad de los hechos, de la no participación en los mismos, o a ambas cosas, bien mediante la demostración de la falsedad o ilicitud de las pruebas de cargo, o de los embriones de las mismas que pueden trocarse en prueba de juicio, bien mediante su puesta en sospecha por oposición a otras pruebas, bien por la demostración directa de la inexistencia de participación en los hechos, o de la ausencia de un elemento del tipo.
> b) Demostrar la inexistencia o disminución del injusto imputado o de la culpabilidad de los partícipes

> c) Mejorar las medidas cautelares adoptadas sobre la persona o los bienes del imputado.

En razón de esto es que tanto imputado como su patrocinio letrado deben analizar las probanzas que llevarán al sumario, y una vez admitidas por el juez en el mismo, estar atentos a que las mismas se ejecuten en los momentos oportunos y que su contenido quede explícitamente expuesto en la audiencia.

El Tribunal de Casación Penal ha indicado, sobre la prueba de la defensa, que

> al juzgador no le está permitido rechazar arbitrariamente la prueba, aún propuesta para mejor resolver, pero corresponde a la parte diligenciar su recepción en el momento oportuno, así como demostrar la importancia de la misma… Las exigencias expuestas no implican una inversión de la carga de la prueba y depositar sobre la defensa la obligación de acreditar la inocencia; en el proceso penal el imputado está cubierto por el estado de inocencia y, sus alegatos siempre que sean verosímiles, mientras no sean contradichos, se sustentan por sí mismos (Tribunal de Casación Penal en Res. 108-04, de las 11 horas 20 minutos, del 12 de febrero de 2004)

Importante sobre la posición de este Tribunal es que la prueba de la defensa no debe ser dejada por menos, más deben el defensor y su representado estar al tanto de traerla al expediente cuando proceda. Pero esto no significa que la responsabilidad de demostrar su inocencia recaiga sobre el imputado, ya que es el Ministerio Público quien debe desvirtuar la inocencia que se estima, por principio procesal, a favor del acusado. La prueba de la defensa, sino es desvirtuada por la prueba de cargo, merece toda credibilidad ante el órgano judicial.

Sobre la prueba de cargo, es trascendental para ejercer la defensa conocer la misma y tener actos de inmediatez con esta. Razón lleva Carocca (1998, p. 263) al indicar que "para hacer posible el ejercicio del derecho de defensa del acusado, es también imprescindible que se le de conocimiento del material probatorio en que se basa la acusación. Es la única manera en que el acusado podrá desplegar eficazmente la actividad necesaria para conseguir su rechazo". No hay opciones de respuesta ante una acusación sino se conoce el contenido de esta y su fundamento probatorio. Por ello, e igualmente en las etapas procesales descritas, es que el

incriminado y su defensor deben ser puestos en conocimiento de las prueba de cargo y con la misma a su alcance. Esto implica, como apunta Vázquez, (1989, p. 158),

> carearse con los testigos de cargo, presentarse a la reconstrucción del hecho, indicar testigos, agregar documentos, reconocer los que se le atribuyan y realizar las diligencias pertinentes a peritaciones dispuestas, como así también todo aquello que, a través de la actividad probatoria, resulte pertinente

Cabe decir aquí que la prueba en su totalidad debe estar ajustada a derecho, esto es, traída al proceso por medios legítimos, teniendo la defensa la facultad de cuestionar incluso el origen de la misma. Aplica acá el llamado Principio de Libertad Probatoria, el cual esta contemplado en el artículo 182 del CPP, e implica que todo medio de prueba es válido en el proceso en el tanto no sea prohibido expresamente por la ley.

Debe al menos mencionarse en este momento al artículo 88 del Código de rito, el cual apunta al imputado como objeto de prueba dentro del proceso. Contempla este numeral que sobre la persona del acusado podrá ser ordenada investigación corporal, traducido esto en exámenes de corte médico, en los que no se afecte la dignidad del sujeto. Pruebas de sangre, tomas de muestra de pelo, uñas, fotografías y huellas dactilares pueden ser practicadas sobre el imputado aún sin su consentimiento.

Esto se permite en nuestro ordenamiento jurídico basándose en el principio de libertad probatoria, y en el tanto no se trasgredan derechos fundamentales del imputado. Esta posibilidad entonces da pie a que también el mismo acusado solicite a la autoridad judicial se practiquen sobre sí mismo las pericias que sean útiles a su defensa, o incluso pueda practicarlas con profesionales privados y aportarlas al expediente.

Lo importante sobre este punto es que el imputado incluso puede recurrir a sí mismo como medio probatorio, sea por las pericias judiciales o privadas, cuestionar los resultados de la autoridad comparándolos con resultados que él aporte a los autos y hacer que el tribunal valore las posibles contradicciones. La figura del endilgado como objeto de prueba opera tanto para el Ministerio Público como para la defensa.

2.4 Abstenerse de declarar o rendir declaración

El artículo 8 inc. g de la CAHD, así como el artículo 36 de la Constitución Política, establecen el derecho del imputado a no emitir declaración alguna en el proceso, a no declarar en su contra. Esto, *a contrario sensu*, y como también lo especifica la legislación nacional, significa que el imputado tiene el derecho a declarar cuando lo considere conveniente para sus intereses en el proceso. Este derecho de mantenerse en silencio implica que no se supone culpabilidad en su contra, en atención al Principio de Inocencia.

El derecho de rendir declaración es calificado como "la fundamental manifestación del derecho de defensa material" (Vázquez, 1989, p.157), ya que es la exposición que al respecto de los cargos hace el imputado, con el eventual ofrecimiento de prueba para sostener su dicho. La declaración del imputado, según el artículo 96 del CPP, debe darse sin imponerle juramento u obligación de decir verdad, o amedrentarlo de manera alguna para obtener confesión o detalles específicos de su declaración. El que el imputado no esté obligado a decir verdad si declara, deriva de su derecho de defensa, ya que es de su interés y solo de él defenderse de los cargos, de la manera que lo haga y la prueba, son también de su exclusiva competencia. Binder (1993 a, p. 179) apoya esto, al argüir que

> se puede decir que el imputado no tiene el deber de declarar la verdad. Es decir, sea que declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto de la declaración. Esto significa que es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración

No se debe si quiera inducir mediante preguntas capciosas la declaración del encartado, o intentar manipular su declaración con intervenciones ocasionales de quien la practica, ya que se estaría interrumpiendo su derecho. Afirma Vázquez (1989, p. 157), que en el acto de declarar, el acusado "tiene la más amplia libertad para expresarse sobre los puntos que crea convenientes y aún manifestando su voluntad de declarar, puede negarse a responder sobre determinados puntos", según lo consideren él y su defensor. Y es que no debe olvidarse que la declaración es un medio de defensa contra la maquinaria procesal penal, así como fuente de prueba de descargo. Tal como lo estima Sala Tercera:

> la declaración del imputado es considerada tanto como medio de defensa como de prueba, e incluso como fuente u objeto de prueba – artículo 88 del Código Procesal Penal -, en el tanto, una vez que el acusado, pese a su derecho constitucional de abstención, consagrado en el artículo 36 de nuestra Carta Magna, decide declarar, el juez está obligado a verificar por los medios probatorios a su disposición, en aras de la búsqueda de la verdad real y el respeto a sus derechos fundamentales, conforme a las reglas de la sana crítica, la veracidad de sus afirmaciones. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 172-05 de las 10 horas 5 minutos del 11 de marzo de 2005)

Esto permite que el imputado maneje su declaración como mejor le parezca, incluso no respondiendo preguntas, pues su derecho de defensa le permite guardar silencio sobre ciertos puntos, aún ya iniciada su manifestación. Por esto, omitir dar información aún cuando se haya declarado, no es más que uno de los alcances de esta facultad. Guardar silencio ante preguntas del Ministerio Público o de juez es legítimo.

Al respecto, opina Binder (1993a. p. 179):

> Ahora bien: una manifestación privilegiada de ese derecho a defenderse es el derecho a declarar, es decir, el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considere adecuada. Por lo tanto, solo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Continuando con la idea de Binder arriba citada, se ha de pasar entonces a analizar el derecho de abstención, como alcance también del ejercicio del derecho de defensa.

Carocca (1998, p. 483) define el derecho de abstención de la siguiente manera:

> el derecho al silencio por parte del sujeto pasivo del proceso penal , es un derecho del que puede o no hacerse uso, es decir, el sujeto puede declarar si desea hacerlo, pero no significa que pueda renunciarse, porque es una manifestación esencial del derecho fundamental de defensa que como tal, es irrenunciable

Es así como el derecho de abstención, resguardado en el artículo 82 inc. e) del CPP y el artículo 36 de la Constitución Política, es entonces, facultativo, decisión del imputado y su defensor. Tal como ha indicada la Sala Constitucional:

> El derecho de abstenerse de declarar contra los parientes que señala el artículo 36 de la Constitución Política, y de declarar en contra de sí mismo, es definitivamente una garantía que integra el debido proceso, y que implica el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda, lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez (Sala Constitucional. Res. 1782, de las 16 horas tres minutos, del 1 de abril de 1997) (En igual sentido de Sala Constitucional Res. 288-92, de las 8 horas 39 minutos del 11 de septiembre de 1992 y Res. 6677-01, de las 15 horas 4 minutos del 11 de julio de 2001)

Por representar este un legítimo derecho, este facultad es irrenunciable: si el encartado manifiesta su deseo de declarar en una fase del proceso, no por ello está obligado a hacerlo en las fases siguientes, pues amparado por las normas de orden constitucional y legal, y protegido por el Principio de Inocencia, no se puede presumir en su contra culpabilidad.

En atención con los artículos 9 y 343, este último para la etapa de debate, el silencio del procesado no le afectará en cuanto a que por no hacer declaración alguna se presuma su culpabilidad.

Llama la atención el pensamiento de Guarneri (1952, p. 292), sobre la abstención:

> Por lo demás, es de experiencia común que el inocente, acusado en un proceso penal, desde el primer momento descubre su ánimo, porque sólo tiene que decir la verdad. El que se reserva y calla, es el delincuente, astuto, peligroso… por consiguiente, es normal que de esta conducta deriva para él una situación desfavorable, una agravante de su posición procesal, con el aumento consiguiente de las probabilidades de la condena

Con lo anterior claramente se da a entender que el silencio iguala a la culpabilidad, casi a una confesión. Esta posición hoy día es rechazada por la normativa internacional, constitucional y legal de los Estados de Derecho, en los que impera el Principio de Inocencia, siendo improcedente el considerar al sujeto culpable por su sola abstención de declarar. El principio de Inocencia estipula que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario (art. 8 inc. 2

CADH; art.39 CP y art.9 CPP), lo que, aunado al derecho de abstención, impide que legalmente se considere culpable a quien no se refiera a los hechos.

3. Derecho de Defensa Técnica

Es parte del derecho de defensa, como establece el artículo 13 y el art 82 inc. c) del Código Procesal Penal el "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."

Dice Salazar (1987, p.75) sobre este derecho que

> La defensa técnica encuentra su razón de ser en el hecho de que al hombre le está vedado renunciar tanto a su libertad como a los mecanismos que se la garantizan. Esa irrenunciabilidad tutela por un lado el interés particular del individuo y por otro, el interés público de la Administración de Justicia; logrando también de esa manera el equilibrio indispensable y deseado que debe existir entre el imputado y el ente acusador a lo largo del proceso, es decir desde la indagatoria, hasta que exista sentencia firme.

El derecho de defensa, comprende, entonces, la asistencia de un letrado en derecho que patrocine al imputado en el ejercicio de su defensa, el cual puede ser elegido por el imputado o en su defecto, otorgado por el Estado. Por la necesidad de mantener el equilibrio procesal, no puede dejarse sin atención de un profesional en la materia al imputado que no puede contratar una por el alto valor económico de sus servicios.

El Estado, señala Friele (Defensa Técnica y auto defensa en el Proceso Penal. www.eniasoluciones.com En: http://www.eniasoluciones.com.ar/terragni/doctrina/detecnica.htm(11-04-05), " debe estar obligado a proporcionar una defensa técnica a todo imputado que la necesite, y no tenga medios económicos para poder solventarla", y mantener así dentro del proceso, al imputado con igualdad de oportunidades ante el ente acusador. Binder (1993 a., p. 156) afirma que "se establece un verdadero servicio público, que consiste en la defensa de oficio o defensa pública", por medio

del cual, como cualquier otro servicio estatal, se procura la mejor atención de la ciudadanía en igualdad de condiciones.

La asistencia de un profesional responde, sin duda, a la necesidad de que el acusado conozca el proceso, lo comprenda, y se enfrente a éste con la mayor claridad posible, y con el conocimiento de todas las armas procesales que puede utilizar en su favor. Afirma Carocca (1998, p. 495, citando a Gimeno Sendra) que "el fundamento esencial de la asistencia o defensa técnica a las partes en cualquier clase de procesos, se encuentra sin duda, en la circunstancia de que el ejercicio de las facultades que confiere la garantía de la defensa, precisa de unos conocimientos jurídicos que el ciudadano generalmente no entiende", los cuales entonces, ha de tener el abogado designado.

Con esta función, el abogado defensor se convierte en la voz de una parte dentro del proceso, ya que ha de representar al imputado y ejercer todas las acciones que se consideren pertinentes para llevar al mejor término la causa. Su papel en el sumario, puede definirse, acorde con Rodríguez (2004, p. 333) de la siguiente manera:

> En el caso del defensor, sea público o privado, se le ha definido como un colaborador de la Administración de Justicia, en la medida en que, con su asistencia y participación es posible cumplir con el precepto constitucional de conceder al sujeto sometido al proceso una previa oportunidad de defensa. Es un sujeto parcial que interviene favor de los intereses de su cliente. Y luego, un deber de lealtad con el proceso. El eje transversal que une a ambos deberes es el ejercicio responsable de la profesión.

O, como resume Roxin (2000, p.137),

> cómo órgano de la administración de justicia, obligado exclusivamente hacia el imputado, el defensor solo tiene que hacer valer las circunstancias que hablan a su favor y ayudarlo en la amplia defensa de sus derechos procesales

Esto significa además, que el jurisconsulto a cargo debe mantener un balance entre la defensa de los derechos del imputado y la ejecución de los actos de su función, y el deber de lealtad con las otras partes procesales. Dice Rodríguez (2004 p. 333) sobre este balance

> Que el defensor sea un colaborador de la administración de justicia en modo alguno significa que deba coadyuvar con la formación de la hipótesis acusatoria, pues hemos dicho que su función es esencialmente parcial. La norma básica de lealtad con el cliente consiste en garantizar el secreto profesional, lo que inhibe al defensor de trasladar al fiscal o la policía información perjudicial a los intereses de su patrocinado.

Pero tampoco debe el defensor entrometerse en la investigación con el ánimo de entorpecer la misma, introducir pruebas falsas, intimidar a los testigos, o realizar cualquier acto que vaya más allá de los límites de la rectitud procesal y de la legalidad.

Dice Roxin (2000, p.137) a este respecto, lo siguiente:

> El arte de la defensa consiste en armonizar, en el caso concreto, las exigencias, a veces opuestas: el defensor debe abogar con los mejores medios a su alcance, sin faltar nunca a la verdad o entorpecer, pero, además, sin infringir su obligación del guardar silencio.

Sin que se cuestione su dedicación al acusado, el defensor no debe incurrir en acciones que alteren la buena fe del proceso, o que contrarresten la ética profesional, tal como sería, por ejemplo, aportar pruebas falsas, sobornar testigos, etc. Incluso, este asesor legal debe entrar a razonar con el imputado en caso de que este le proponga ejecutar algún acto que vaya contra las normas y principios procesales o éticos, como ya se ha indicado. Roxin, Arzt y Tiedemann, (1989, p. 184), expresan a ese respecto que

> Puesto que el defensor dispone de privilegios especiales, como el derecho a inspeccionar los autos, se le han fijado determinados límites en su actuación favorable al inculpado, en interés de una persecución penal eficaz, como, por ejemplo, la prohibición de influir en testigos. Por ello, se designa al defensor frecuentemente no solo como ayudante del inculpado, sino también como órgano de la Administración de Justicia

Esto hace que se pongan en evidencia dos elementos importantes de la defensa: la fidelidad para con el imputado y el apego al proceso, incluido el respeto a las partes. Como parte actuante e influyente en los resultados de la investigación penal, el defensor que ostenta la defensa técnica debe mantener este carácter de leal en todo sentido. No es viable que respaldado en los derechos del imputado, cometa actos que dilaten el proceso, afecten la prueba de manera

ilegítima o de alguna manera en los deberes de las otras partes procesales. La legislación procesal penal costarricense, en su artículo 127, contempla, como ya se viera, el deber de lealtad de las partes a lo largo de todo el proceso, en tanto el numeral 129, prevé la posibilidad de llamar la atención e incluso multar a los defensores que no atiendan su función dentro de los términos de la buena fe, o hayan caído en tácticas dilatorias o litigado con temeridad.

Una serie de características son intrínsecas al derecho de defensa técnica, entre las que se puede enumerar la permanencia y la eficacia. Define Ferrandino (La experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica. www.dpld.org. En: http:// www.dpld.org/Ecuador_pub/6-Cap4c-Ferrandino.htm (11-04-05), la *permanencia* de la siguiente manera:

> El hecho de que la defensa tiene que ser permanente significa que el defensor debe dar un seguimiento constante a la causa que se le ha asignado, y permanecer en el proceso durante todo su desarrollo, dándole pleno respeto a la continuidad de la defensa. En la medida de lo posible el defensor no debe ser cambiado durante el proceso; y con mayor razón no debe ser sustituido de manera repentina, especialmente cuando poco tiempo después van a realizarse diligencias importantes como la audiencia de apertura a juicio o el debate.

La relación entre defensor y defendido está basada en la confianza, la cual, sea defensor público o privado, se traza con el paso del tiempo y el contacto entre ambos. Conforme abogado y acusado se relacionan en lo profesional, se facilita la labor de la defensa en beneficio del segundo, ya que el imputado irá comunicando circunstancias que pueden ser de trascendencia para la evolución positiva de su caso y el abogado a cargo podrá ir discutiendo las pautas legales a seguir, la prueba a ofrecer, al pertinencia de una deposición del imputado en juicio, etc. Pero cuando la defensa se cambia de manera constante, se entrecorta la estrategia de defensa, ya que cada profesional en conjunto con el defensor puede llegar a crear criterios diversos de los de su colega anterior, lo que se verá reflejado en la tramitación del sumario, y claro está, en el resultado hacia el encartado. Incluso en el caso de la defensa particular, donde es el imputado el que elige de propia mano a su defensor, el cambio constante de estos por su parte podría generarle una irregular defensa a su favor, por las diversas estrategias de defensa. Es por ello que debe intentarse, por parte del letrado, el conciliar su punto de vista con el del acusado, para evitar que

se vea afectada la estrategia de la defensa a lo largo de la tramitación de la causa, dados los cambios de abogado constantes.

En casos de renuncias de los defensores, los artículos 104 y 105 del CPP, imponen las limitaciones procesales que ya se han referido.

Cuando de la defensa pública se trata, debe la institución tratar de mantener en un solo puesto al mismo profesional, con el único fin de garantizar la permanencia de la defensa técnica.

Ante las sustituciones de defensor público en la etapa de debate y una vez iniciado este, en resolución 850-2005, Sala Tercera estimó que no se violenta el derecho de defensa si en pleno debate se cambia el defensor, aún cuando el nuevo abogado no haya tenido acceso a la prueba:

> En el artículo 336 inciso d) del Código Procesal Penal se prevé la posibilidad que si un defensor enferma y no puede continuar actuando en el debate, entonces debe decretarse la suspensión del juicio, salvo que pueda sustituírsele inmediatamente y el acto pueda continuar. Lo que interesa destacar es que la imposibilidad de que un defensor continúe ejerciendo la representación del acusado en juicio, no implica necesariamente que el debate deba volverse a realizar en su totalidad. Lo que dispone la ley es la suspensión y la posterior continuación con el defensor sustituto, siendo la única excepción a esta regla la de que pueda sustituirse inmediatamente al defensor enfermo, caso en el cual puede proseguir la audiencia. Así, el ordenamiento legal permite la sustitución del defensor en casos de enfermedad, sin que ello conlleve la necesaria anulación de lo actuado y la consecuente renovación del acto. Claro que esta disposición debe interpretarse a la luz de la normativa constitucional e internacional que garantiza el derecho de defensa del imputado en un proceso penal, de modo que probablemente habrá casos en los que sí sea necesario reponer el juicio, cosa que se daría cuando la sustitución prive al acusado de una adecuada asistencia técnica para la salvaguarda de sus derechos. Lo que sucede en este asunto es que no se acredita la lesión del derecho de defensa. Ello por cuanto el recurrente no concreta qué perjuicio o agravio se ha causado al imputado por el hecho de que fue asistido por diversos Defensores Públicos durante el juicio... sólo señaló que no tuvo la oportunidad de interrogar a algunos testigos en el momento oportuno (ver folio 95), sin explicar qué información habría obtenido con ello que no le fuera posible adquirir mediante el examen de las piezas y de la escucha de las grabaciones que puso a su disposición el Tribunal sentenciador. A lo sumo, indica que él podría (ver folio 90) haber observado las gesticulaciones de los testigos y oponerse así a las preguntas de las partes y deslegitimar o combatir las versiones de los testigos, así como también podría haber ofrecido prueba para mejor resolver "según las circunstancias", siguiendo una estrategia de defensa distinta. Pero todo ello, son especulaciones sobre lo que él habría hecho y se pasa por alto

> que en las actuaciones en que él no participó, sí intervinieron otros Defensores Públicos, quienes realizaron las preguntas y gestiones que estimaron pertinentes. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 850-05, de las 11 horas 40 minutos, del 29 de julio de 2005)

Este criterio de la Sala es ampliamente criticable. El cambio de defensor técnico en la realización del juicio interrumpe el ejercicio de la defensa técnica y material, pues el abogado y su defendido no han tenido oportunidad de retomar la anterior línea de defensa o discutir una nueva, ni mucho menos de entablar una relación de confianza entre ambos. El imputado verá afectada su defensa en el tanto su abogado no ha tenido contacto con la prueba ya evacuada, ni ha podido por ello enfocarse sobre la misma, su importancia y relevancia, y menos aún interrogar a los testigos, objetarlos, etc. La sola presencia de un defensor penal no es suficiente para dar por sentado el respeto al derecho de defensa: por el contrario, el defensor que no conoce la causa y es obligado a asumirla en el estado en que se encuentre, especialmente en debate, puede serle contraproducente a los intereses del imputado. En estos casos, lo que en derecho procede sería darle al letrado darle un plazo para conocer el expediente, replantear la estrategia de defensa de ser necesario o familiarizarse con la anterior y ponerlo en contacto con la prueba que ya se ha evacuado, para que pueda desde su óptica, conocerla y cuestionarla.

Resulta tan equívoca esta contemplación de Sala Tercera, que este mismo tribunal corrige su posición en resolución 878-2005, del doce de agosto de dos mil cinco, a menos de un mes de emitida la anterior:

> Lo que ya no es tan claro es que, para el profesional que asume posteriormente, pueda decirse que tiene que asumir el proceso en el estado en que se encuentra. De nuevo, no se trata de colocar una pieza faltante en el tablero del juicio. El defensor no es un requisito, es un elemento indispensable para la vigencia plena del derecho de defensa, pilar fundamental del proceso penal en un estado de derecho y en una democracia. Así, para un ejercicio profesional y responsable de la defensa técnica en un juicio, en una causa de las características de la que se conoce en este caso –pero en general, en cualquier otro proceso- no resulta aceptable que deba el defensor profesional asumir el caso sobre la marcha del juicio, de manera coaccionada y pretender -profesionalmente también- que rinda al máximo y controle variables de prueba, testigos y material que ya fue incorporado al proceso sin su presencia. Si el defensor está de acuerdo, aún más, si el acusado también lo está, el Tribunal debe obligatoriamente ponderar –es órgano de decisión y también de garantías- si la anuencia en asumir la defensa avanzado el juicio, es razonable, de

> conformidad con lo complejo de la causa o lo voluminoso de las pruebas que lo componen y razonar la decisión sobre todo porque, ya en un caso en que deba sustituirse una defensa avanzado el juicio, es evidente que se dio la causal de obstaculización y entonces, la facultad de interrumpir la prescripción, por lo que no valen ansias de apresurare el juicio que justifiquen erróneamente las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa. Valga la oportunidad para aclarar que con lo que aquí se resuelve, esta Sala modifica lo dicho en el precedente 850-05 de las 11:40 horas del 29 de julio último y la restante jurisprudencia que ha interpretado que si un defensor debe ser sustituido en un debate que ya está en curso, no se ocasiona agravio si se le obliga a asumir la causa en el estado en que se encuentra al momento en que se apersona, limitándose a conceder el plazo para informarse de la causa y de la prueba ya recibida en juicio. Lo cierto es que el derecho de defensa es esencial y atañe a la estructura y legitimación misma del proceso penal en un estado de derecho y no puede estar supeditado su respeto, a la celeridad y premura por continuar un debate. Si el juicio es oral y si rige el principio contradictorio, una defensa técnica digna tiene que recibir directamente la prueba y poder contradecirla en la actualidad de su recepción, de manera que no es posible obligar a un defensor que se apersona en esas condiciones, a escuchar grabaciones de testimonios ya rendidos sin su presencia y a revisar las actas del debate de las audiencias ya realizadas, para poder asumir así el juicio en el estado en que se encuentra…(Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 878-05, de las 11 horas 30 minutos, del 12 de agosto de 2005) (El resaltado no es del texto).

Tal y como se ha dicho, el derecho de defensa es esencial y el defensor no es solo un requisito legal en el proceso, sino un garante de este derecho, por lo que privarlo de ejercer su función de manera completa y responsable afecta los derechos del imputado. Empeora la situación cuando el juez impone su propio criterio sobre lo que el defensor debe hacer en cuanto a la prueba ya evacuada, pues al no haber tenido inmediación con esta, el abogado entrante no tiene oportunidad alguna de confrontarla. El cambio de criterio de Sala Tercera, como ya se ha apreciado, asume el derecho de defensa como un derecho fundamental e invaluable, el cual no ha de ser afectado bajo ningún supuesto.

La eficacia de la defensa "se basa en el hecho de que el defensor comparece al proceso para tutelar los intereses particulares del imputado, y por ende, tal presencia se debe traducir en un verdadero ejercicio de gestiones, intervenciones, alegatos, etc., que conllevan a la plena implementación de una estrategia de defensa" (Ferrandino La experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica. www.dpld.org. En: http:// www.dpld.org/Ecuador_pub/6-Cap4c-Ferrandino.htm (11-04-05), convirtiéndose en el guardián de que las garantías procesales sean

reconocidas y aplicadas en la persona del imputado, que la prueba ofrecida sea recibida debidamente, que se atiendan sus gestiones, que el imputado declare cuando así lo haya previsto y otras maniobras prudentes. Defensa privada o defensa pública deben por igual responder a las exigencias del proceso y de su representado de manera segura y firme, ya que son los voceros del perseguido procesal.

Un conjunto de deberes y obligaciones se envuelven en la figura del defensor técnico, siendo uno de los más importantes el deber de información a su cliente. Roxin, Arzt y Tiedemann (1989, p.187) lo resumen de la siguiente manera: "sobre cuestiones jurídicas puede dar explicaciones ampliamente el defensor al inculpado, puesto que cada ciudadano tiene derecho a conocer las leyes vigentes", las cuales, por su preparación académica, se supone conoce a fondo el abogado. Los alcances de la ley penal y procesal penal a los que se somete el imputado deben ser explicados ampliamente y con antelación al mismo, para que el acusado comprenda con claridad qué debe esperar como resultado del sumario. Lo mismo, el deber de información, amplía Ferrandino (La experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica. www.dpld.org. En: http:// www.dpld.org/Ecuador_pub/6-Cap4c-Ferrandino.htm (11-04-05),

> obliga al abogado defensor a tomar conocimiento del caso que patrocina, a transmitir al imputado la información pertinente, a determinar y discutir con su defendido las alternativas de defensa, a identificar los medios de defensa de descargo disponibles o la disposición de colaboración de familiares o amigos para con el imputado en aspectos como la ubicación de prueba, el pago de fianzas, etc.

Con esto se da total participación a su representado en la toma de decisiones en el ejercicio de la defensa. El derecho a asumir una decisión informada, con conocimiento de los avatares de la causa penal, es parte del las garantías que tiene el imputado dentro del proceso, simplificada por la asesoría de su representante legal.

Ligado al deber de información, está el deber de asistencia del defensor hacia su patrocinado. Esta asistencia supone, para Ferrandino (La experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica. www.dpld.org. En: http:/www.dpld.org/Ecuador_pub/6-Cap4c-Ferrandino.htm (11-04-05),

> la obligación del abogado defensor de orientar el ejercicio de la defensa material… Por ejemplo, corresponde al defensor aconsejar al imputado sobre si le conviene declarar o abstenerse de hacerlo, sobre si comparece a rendir un cuerpo de escritura o se accede a una determinada pericia médica que se practicará sobre su integridad física; todos ellos son aspectos del deber de asistencia y van de la mano con la ineludible relación de confianza profesional entre el defensor y el imputado y en consonancia con la estrategia de defensa fijada para el caso.

La defensa técnica y la defensa material (la que ejerce el imputado por sí mismo), se complementan en las intervenciones que se den dentro del proceso, por lo que han de ir de acuerdo para evitar causar un mal mayor al acusado. El deber de asistencia es más que solo intervenir con la asistencia legal en dichos actos: involucra discutir con el incriminado la táctica de su defensa, dar una opinión acertada y acorde con la realidad de las pruebas sobre el futuro de la causa y sobre todo, no entrar en engaños hacia el acusado o con promesas de resultados que no se han de dar.

Cuando el defensor y el encausado no logran acuerdo sobre el camino que su ofensiva ha de tomar, son varias las opiniones de la manera en que ha de resolverse el conflicto. Por ejemplo, Cruz (1989, p. 62) considera que, en estos supuestos,

> la autonomía del defensor siempre será limitada frente a al acusado, ya que por ser este el titular de tales bienes y la defensa técnica una de las manifestaciones genuinas del derecho de defensa, debe concluirse que deberá prevalecer la voluntad del acusado como titular de tales derechos, sobre la del profesional que ejerce la defensa técnica, cuando exista conflicto entre ellos

Por su parte, Rodríguez (2004, p. 334) afirma que

> en caso de controversia interna entre el defensor y su cliente, el abogado debe tratar de hacer valer su posición, pero cuando esta no es posible y el imputado pretende representarse autónomamente, el abogado debe salvar su responsabilidad: o bien renuncia a la defensa, si es defensor particular y el estado del proceso lo permite, o si es defensor público debe instar su sustitución por otro colega, y si ninguna de las alternativas es posible, el abogado debe ejercer la defensa técnica haciendo previamente las aclaraciones del caso ante el órgano de justicia ante quien interviene.

Vista la posición de ambos autores costarricenses, conocedores del proceso penal y funcionarios judiciales, debe señalarse lo siguiente: cuando se presente una diferencia de opiniones entre abogado y defendido, debe velar el profesional porque el imputado haya comprendido con toda precisión los efectos de la posición que sostiene. Si el imputado se mantiene en esta a pesar de todo, el defensor está en la obligación de seguirlo hasta las últimas consecuencias, en caso, como afirmó Rodríguez, de que no pueda ser sustituido o renunciar a la defensa. Sin embargo, no es prudente dejar constando por parte del defensor, ante el juez o el Ministerio Público, las diferencias que se han dado a lo interno de la defensa, no solo por la mala impresión que esto pueda dar ante las otras partes al percibir una defensa frágil, sino porque el defensor es ante todo un asesor, un representante técnico del imputado y está obligado por el secreto profesional, como lo señala el artículo 206 del CPP.

El derecho de defensa del acusado no debe ser cuestionado o debilitado por su propio defensor, sino por el contrario, asumido en la parte metódica, y poner en conocimiento de los otros actores procesales la oposición del defensor a las decisiones del encartado, equivale a dejarlo solo frente a la administración de justicia, desvalorar su defensa, e incluso, puede darse una violación al secreto profesional. Lo mejor en estos casos, para protección del profesional, es hacer constar entre él y su patrocinado, que el segundo guiará al primero, asumiendo las posibles consecuencias.

Por último, existe un deber de comunicación con el incriminado, el cual es simple de ejecutar si este se encuentra en libertad. Pero cuando existe privación de libertad, debe el defensor visitar al acusado en el centro de detención, las veces que sea necesario para entablar una relación de confianza y explorar y decidir sobre el papel a desarrollar en la causa penal en cuestión. Dice Vázquez, (1989, p. 206)

> esto implica, por un lado, que no se establezcan cortapisas ni trabas a las visitas del profesional a los lugares de detención, por el otro, que el abogado no sea remiso en sus necesarios contactos con el imputado. Solo así podrá ejercitar cabalmente su función y compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias del hecho de la causa y la personalidad de su defendido

No debe haber, por ende, límites legales o institucionales al contacto entre defensor e imputado cuando el segundo se encuentra detenido. Vale el momento para citar un párrafo de la

Carta al Presidente Uribe de Colombia de la Asociación de Abogados Defensores "Eduardo Umaña Mendoza" y otras (Carta al Presidente Uribe: denuncian el acoso y persecución de los abogados defensores. www.derechos.org. En: http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/abogdefl/html. (11-04-05), en la cual denuncian la imposibilidad de ejercer su función debidamente, ya que

> con frecuencia, los abogados defensores no pueden acceder a los establecimientos de detención preventiva ni a sus defendidos por reglamentos internos que imposibilitan la comunicación con quienes acaban de ser detenidos preventivamente, con lo cual se viola no solo el derecho al ejercicio profesional, sino que se desconocen los derechos que la ley colombiana reconoce a toda persona poniendo de manifiesto el irrespeto al derecho de defensa en el aspecto de comunicación defensor-imputado, por límites legalmente permitidos, que contrarían los derechos procesales y fundamentales de los acusados. El mismo estado limita derechos que a su vez garantiza

Tampoco debe el defensor oponerse a hacer visitas a los centros penitenciarios cuantas veces sea oportuno. El compromiso con la defensa técnica del sujeto trae consigo obligaciones que pueden causar disgusto al abogado, pero el derecho de defensa como derecho fundamental y legal sobrepasa las valoraciones personales del profesional o sus gustos de ir o no a los centros penitenciarios. Asumir la defensa técnica en un proceso penal *per se* hace que el defensor se enfrente al posible encarcelamiento de su cliente y las repercusiones de la ausencia de libertad del afectado en el ejercicio de la función deben ser las menos posibles. La visita regular al imputado privado de libertad es la única forma de mantener la comunicación que se requiere para hacer valer el derecho de defensa.

4. Derecho de Defensa Material

Señala el artículo 95 del Código Procesal Penal que el imputado podrá ejercer su derecho a declarar cuando lo considere pertinente, o podrá abstenerse de declarar e igualmente continuará el proceso, como se señala en el artículo 92 del mismo cuerpo legal. Estas posibilidades del imputado, se pueden definir como parte de su ejercicio de defensa material, precisada por Salazar (1987, p. 74) como aquella que "la realiza directamente el imputado ya sea mediante la acción o la omisión de la palabra. Es por eso que puede hacer manifestaciones y declarar cuantas

veces lo desee siempre y cuando no denote la deliberada intención de perturbar y retardar en forma injustificada la marcha normal del proceso", a lo que podemos agregar que el imputado podrá ofrecer prueba que considere oportuna, acudir a la evacuación de esta, interrogar a los testigos, planear con su defensor la línea de defensa a seguir en su caso, y en suma, interceder en el proceso, o hacerlo, acorde a sus intereses y su situación probatoria.

Además, la defensa material incluye la práctica de realizar dentro del sumario las garantías procesales y fundamentales establecidas en la ley, la Constitución Política y el derecho internacional, tal como lo indica Vázquez, (1989, p.143),

> El derecho de defensa en sentido material es el que todo hombre en cuanto tal, por ser sujeto de derechos y por estar éstos normativa y concretamente establecidos en las normas fundamentales, tiene, en primer término, de ser juzgado por sus jueces naturales en proceso legal; también implica su incoercibilidad con miras a declaraciones en su contra y el derecho a ser oído

Todos estos derechos pueden ser invocados por el imputado mismo o por su defensor, el cual, como ya se ha visto en lo que a la defensa técnica concierne, debe atender las solicitudes del encartado, discutirlas profesionalmente entre ambos, y exponer ante el juez o la autoridad a cargo lo que mejor convenga. Esto significa que el derecho de defensa material también lo lleva a la práctica el imputado frente a su defensa técnica, al pactar con el mismo los pasos a seguir en el proceso penal, e incluso imponiéndosele al mismo cuando no haya acuerdo. La defensa material ha de privar sobre la defensa técnica en estos casos, asumiendo la segunda los dictados de la primera.

Salazar (1987, p. 75) opina sobre la relación entre la defensa técnica y la defensa material que

> En la actividad defensiva material que ejecuta el imputado ha mediado necesariamente también, la oportuna asesoría técnico-jurídica del abogado que le asiste en calidad de defensor. Lo anterior no puede ser de otra manera, aunque el ámbito de acción de cada uno esté bien delimitado, toda vez que éstos necesariamente se funden e integran en busca de un objetivo común. En ese quehacer integrador, el letrado, quien maneja el derecho, basándose en la plataforma fáctica que le ha construido su patrocinado, desarrolla una serie de

> actos de naturaleza técnica encaminados a demostrar la inocencia de su defendido, a variar la calificación legal dada a los hechos tornándola más favorable, o en fin, a conseguir los beneficios que la ley le permita.

Por ello, es que el defensor técnico no es más que un representante del defensor material (el acusado), por lo que todo movimiento de la parte investigada debe ser acordado entre ambos, abarcando detalles tales como el contenido de las pruebas ofrecidas, la procedencia o no de la declaración del imputado, la impugnación de ciertos actos procesales eventualmente viciados y la determinación de la forma más precisa de atender las exigencias del acusado en cuanto al proceso y su representación. La comunicación entre defensor e imputado debe ser abierta, agotando la mención de todas las posibilidades procesales y probatorias, tanto por parte del abogado como de su defendido. Este último debe ser claro con lo que espera de su defensor y sus propuestas para las etapas del sumario conforme se agotan, para evitar que luego presente reclamos sobre la actuación de su defensor.

En un caso de descontento del acusado con su defensor, la Sala Tercera resolvió de la siguiente manera:

> El derecho de defensa se vulnera cuando la actuación del profesional que patrocina al imputado evidencia negligencia y desidia, de manera tal que ello acarree para el justiciable una violación de sus garantías procesales y que le cause agravio. En este caso, el impugnante en ningún momento concreta una sola actuación u omisión de su defensora que sea producto de negligencia o desidia, ni que implique una lesión de sus derechos fundamentales, ni que le cause agravio alguno. Lo que reclama el recurrente no es más que actuaciones que ahora él cree podían haberse realizado, mas nunca explica por qué eran necesarias como parte de una adecuada defensa técnica. No dice qué se habría logrado con la pericia psicológica que ahora extraña, ni qué podía impugnarse de la pericia médica, ni de qué manera ello habría significado para él un resultado distinto de la condena. Tampoco señala para qué debía intervenir la defensora en el debate, aparte de los casos en que lo hizo. Ni siquiera explica sobre cuáles aspectos debía ella oponerse a la acusación, ni por qué. En síntesis, se limita a reclamar que la profesional no actuó como él ahora creía que debía haberlo hecho, pero en ningún caso evidencia las lesiones que de ese proceder derivarían para su derecho al debido proceso, ni evidencia que se la haya causado agravio alguno. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 260-05 de las 9 horas 10 minutos del 8 de abril de 2005)

Si el imputado cuestiona durante el debate, como en este caso, la actuación de su representante, tiene el derecho de hacerlo saber al mismo y discutir la estrategia a seguir, lo que evitaría reclamos posteriores por violación a su derecho de defensa contra su propio abogado.

El derecho de defensa material es en extremo amplio, al punto que puede alcanzar la pasividad absoluta del imputado, aún contando con defensor técnico. Carocca (1998, p.191) a este respecto, indica que

> hacemos presente que la pasividad como actitud defensiva, no se relaciona necesariamente con las modalidades de ejercicio de la garantía, que son la autodefensa y la defensa técnica, ya que puede tener lugar a través de una u otra. Es decir, puede suceder que aún contando con defensor técnico y quizás a través de este, la parte decida mantener una actitud pasiva a lo largo del juicio o en una fase concreta, aunque si bien es cierto la pasividad coincidirá normalmente con el mero ejercicio de la autodefensa

Si se elige como medio de defensa una actitud pasiva, igualmente debe acordarse esta entre abogado y acusado, puesto que ambas defensas deben llevar la misma ruta de acción, siendo que no debe el profesional efectuar actos con los cuales su patrocinado no esté de acuerdo, o el imputado abstenerse de ejecutar algo que le competa sin consultarlo a su defensor. Puntualmente, defensa técnica y material han de complementarse una con la otra a lo largo del trámite de la causa penal.

Una de las opciones de que se de este complemento es que defensa técnica y defensa material recaigan, ambas, sobre la persona del imputado, tal y como lo establece el artículo 100 del CPP, en tanto, dice este artículo no se afecte la "eficacia de la defensa técnica". Se conoce esto como autodefensa, aún cuando alguna doctrina también llama de esta manera a la defensa material, como es el caso de Carocca (1998, p.191) o Gutiérrez (1973, p.n761), quien también la denomina "defensa privada".

Por ejemplo Moreno y Cortés (2005, p.149), definen la autodefensa como "la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible", referida a

los artículos 58, 333, 336 y otros de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero siempre contando con el patrocinio del abogado defensor. (en igual sentido véase Gimeno, 2004, p.212)

Se definirá aquí *autodefensa* como aquella que el imputado ejerce en su favor, contando con el grado profesional adecuado para ello, convirtiéndose él mismo en su defensor técnico.

La doctrina costarricense lo ha definido esta manera.

Por ejemplo, Salazar (1987, p. 75) estima que "debe entenderse que los casos de excepción de autodefensa quedan reservados exclusivamente a quienes posean el grado de abogado, o bien, a quienes no teniéndolo demuestren que dados sus conocimientos al respecto no pondrán en peligro su libertad ni el equilibrio procesal que de tanto se ha hablado" y Herrera (1984, p. 48), haciendo también referencia a la irrenunciabilidad de la defensa, estima que

> en cuanto al derecho a la defensa en el proceso penal, podemos afirmar que se trata de un derecho público, razón por la cual, no es potestativo para el imputado el defenderse personalmente o por medio de un defensor privado o público. La única potestad es en cuanto a la escogencia de defensor particular o privado, pero no en cuanto a la defensa personal, a menos que el imputado sea un profesional en derecho. La autorización siempre tendrá que otorgarla el juez.

La capacidad del imputado para entender y aplicar la ley en el sumario y en su defensa, así como el conocimiento de los alcances de sus derechos y garantías procesales se facilita si el mismo es profesional en derecho, quien es a su vez el único autorizado a ejercer defensas penales. Por esta razón, y en protección del propio acusado, es que su autodefensa se permite siempre y cuando el mismo cuente con las aptitudes necesarias para ello, ya que sino, se estaría entrando en una violación al derecho de inviolabilidad de la defensa, permitida por la propia legislación.

Se discute la conveniencia o no de que sea el imputado quien se represente a sí mismo en las causas penales. Vélez (1969, T.II., pp. 381-382), lo mismo que Roxin, Arzt y Tiedemann, (1989, p.184) , consideran que no es del todo prudente ya que, en aquellos sistemas procesales en que el imputado no ha de ser abogado para defenderse solo, como en aquellos en que sí, el

peso de la causa penal en la psique el acusado no le permitirá defenderse cabalmente. Como bien señala Vélez (1969, T.II., pp. 381-382), puede suceder que

> Desde el punto de vista técnico, es evidente la necesidad de asegurar- mediante la intervención de un jurista que ponga sus conocimientos al servicio de la causa del imputado-el ansiado equilibrio entre éste y el órgano acusador, generalmente el Ministerio Público. Es preciso para lograrlo, que ambos puedan hacer llegar ante el tribunal, con la misma eficacia, las razones susceptibles de provocar una decisión justa, ya sea para procurar una aplicación correcta de la ley sustantiva, ya sea para hacer valer los poderes jurídicos e intereses que acuerda o reconoce la ley procesal. No se puede dudar que por regla general, el imputado no poseerá los conocimientos técnicos necesarios para que su defensa sea eficaz. Bajo el aspecto psicológico, -tampoco despreciable- quien sufre el efecto de una imputación criminal no tendrá, generalmente, la valentía moral y la serenidad necesarias para afrontar con eficacia su propia defensa, es decir, para aducir "con calma y ponderación" los argumentos más persuasivos a su favor. También por este lado resulta necesaria la presencia del defensor.
> Y en tercer lugar, ya desde un punto de vista estrictamente procesal, el Estado no puede consentir una actividad defensiva que se convierta en obstáculo, para la regular administración de la justicia, para la ordenada tramitación del proceso.

El peso de la posible sanción a imponer, de la opinión pública sobre el encausado penal, la presión familiar y profesional, y sobre todo la falta de una visión objetiva sobre los hechos y la prueba, por estar el sujeto involucrado y su libertad comprometida, son algunos de los factores que pueden dificultar un ejercicio completo y acertado de la defensa técnica por el propio imputado. No debe olvidarse que es en el proceso penal donde está presente la mayor acción coercitiva y punitiva del Estado, habiendo riesgo siempre de enfrentar una sanción privativa de libertad para el acusado, lo que sin duda limita su juicio para autodefenderse.

Apoyando a Tijerino (Sobre la Autodefensa. www.poder-judicial.go.cr En: http:// www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA. (11-04-05), quien dice que

> Nosotros seguimos el criterio de la indispensabilidad del defensor, porque la experiencia en el foro nos revela que ni el imputado con más ilustración puede asumir la totalidad de su propia defensa, y porque estamos también convencidos de que a la sociedad no puede serle indiferente la forma en que se reprimen los delitos. El menos hábil de los defensores a la par de cualquier imputado ofrece mayores probabilidades de defensa que ese imputado solo, aunque éste sea el más versado de los hombres…

sin duda lo más conveniente es que el imputado cuente con su defensor técnico, quien lo asesorará conforme a lo que mejor le convenga procesalmente hablando. En caso de que el imputado desee auto-representarse, deberá este cumplir con una defensa técnica que le favorezca, pudiendo en cualquier momento nombrar un defensor de su confianza o solicitando se le asigne defensa pública. La autoridad judicial a cargo debería estar pendiente, en estos supuestos, de que el acusado sea un defensor técnico aceptable, más la normativa procesal no se refiere al punto.

5. Los derechos de la víctima frente al Derecho de Defensa del Imputado

Resulta importante para los efectos de esta exposición detenerse un poco en la actuación que juega la parte perjudicada en la persecución penal, para dejar en claro que la misma no está desprotegida ante el ejercicio que sus derechos pueda hacer el acusado. En el Derecho Procesal Penal moderno costarricense, el ofendido ha conseguido algún campo de acción en el proceso, tarea a la que se ha avocado la legislación y la doctrina con el ánimo de darle énfasis a sus intereses en el conflicto penal, como veremos.

El artículo 70 del Código Procesal Penal de 1996 define como víctima a los siguientes sujetos:

> Artículo 70.- Víctima
>
> Se considerará víctima:
>
> a) Al directamente ofendido por el delito.
>
> b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.
>
> c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.
>
> d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses

A raíz del contenido de este numeral, los términos “ofendido” y “víctima” pueden usarse indiscriminadamente en este punto de la exposición, que se tratará en general sobre las opciones procesales de acción y sus derechos procesales.

Como ya se ha indicado, el derecho de Defensa en el proceso penal no es solo el imputado, sino que su estudio puede también enfocarse en la parte ofendida, quien ha de reclamar la lesión que sus derechos han sufrido a raíz del delito que se investiga.

5.1. El papel actual del ofendido en el Proceso Penal

Como primer punto, debe analizarse a qué se refiere esa participación dentro del proceso penal. Como señalan Arias y Jiménez (1996, p. 225) “ las ideas principales sobre las que gira el movimiento tendiente a reivindicar la presencia de la víctima en el proceso penal se resume en tres áreas: acceso real a la justicia; resarcimiento e indemnización; y asistencia”.

Desglosando esta idea, debe verse entonces las posibilidades de acceso a la justicia con las que se cuenta en la actual legislación procesal penal

En atención al principio de Oficialidad, corresponde al Ministerio Público, representando al Estado, dar inicio y llevar la batuta en la investigación de las causas penales. Como consecuencia de esto, en primera instancia el sujeto o institución que han sufrido el detrimento de sus derechos, juega un papel secundario. Explica Llobet (2005 c., p. 285), a este respecto que con ello se ha reducido al ofendido “a una parte de denunciante y testigo. Se le ha permitido también que actué como actor civil en el proceso penal, pero con poderes muy restringidos, puesto que solo se le da participación en lo concerniente a la acción civil”. Su participación se limitará, entonces, a declarar en la fase de investigación sobre los detalles que conciernen al delito que ha venido a denunciar y con poca suerte, repetir lo mismo en la fase de debate. Sin embargo, no es del todo cierto que la representación del Ministerio Público reste importancia al ofendido. Por el contrario, en la práctica judicial se puede apreciar como el Ministerio Público es el encargado desde un inicio de informar a la parte ofendida de sus derechos y de asistirla en debate, en el que, si bien el ofendido es un testigo, queda a criterio del

fiscal localizar al mismo y la prueba de cargo para que se presenten a juicio y su dicho es valorado fuertemente por el fiscal en caso de pedir condenatoria. Es común que la víctima se mantenga en constante contacto con el abogado fiscal que ha seguido con la investigación que se da con base en la denuncia presentada.

Más, para dar a su figura la trascendencia que ocupa en el proceso penal, el CPP de 1996 ha planteado la oportunidad de que la víctima se haga presente en varias formas. Inicialmente, y a pesar de la oficialidad de la acción penal, el ofendido podrá optar por apartar al ente fiscal de la investigación, sea para continuarla por su parte, o con el simple ánimo de dejar de lado la persecución penal, de conformidad con el artículo 20:

Artículo 20.- Conversión de la acción pública en privada

> La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos.

Sobre esta novedad, merece la pena adjuntar el comentario de Cambronero (2000, p. 117) "el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 20, amplía significativamente la posibilidad de la víctima de perseguir una mayor cantidad de delitos por acción privada", persecución que dependerá de su ánimo e intereses, sin que se de la necesidad de sufrir un proceso penal fuera de su control que eventualmente llegue a ponerlo en situaciones de revictimización.

Como segunda opción, puede el ofendido, en conjunto con el Ministerio Fiscal, presentarse como querellante en los delitos de acción pública, como se deriva del artículo 75 de la normativa:

Artículo 75.- Querellante en delitos de acción pública

> En los delitos de acción pública, la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, podrán provocar la persecución penal, adherirse

> a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, en los términos y las condiciones establecidas en este Código.
> El mismo derecho tendrá cualquier persona contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

La facultad de querellar permite entonces que el ofendido sea un actor directo del proceso, pudiendo incluso continuar con la querella hasta debate, aun cuando del ejercicio de la acción penal se haya retirado el Ministerio Público, al finalizar la etapa de investigación, tal como lo refieren los artículos 297 y 322 del Código de rito.

No en vano afirman Arias y Jiménez (1996, p. 233) que

> con esta nueva propuesta de participación de la víctima la legislación costarricense recepta y se suma a la renovadora tendencia que ha puesto en crisis el monopolio estatal de la acción penal y su correlato de indelegable e impostergable, decretando, además, la defunción del papel del Estado como subrogante absoluto del interés de la víctima.

Cabe entonces afirmar que el ofendido puede participar de manera más amplia en el proceso penal actual, a pesar de que sigue siendo el Ministerio Público quien ostenta el ejercicio de la acción penal de orden público y una vez que se ha presentado denuncia en los delitos investigables a instancia privada. Igual medida presenta la legislación española en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, para los delitos de acción privada establecidos en el Código Penal, solo el ofendido está legitimado para iniciar su persecución:

> Artículo 72.- Querellante en delitos de acción privada
>
> Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria, de conformidad con lo dispuesto en este Código.
> El representante legal del menor o el incapaz por los delitos cometidos en su perjuicio gozarán de igual derecho.

En este tipo de delincuencia, referida a delitos contra el honor, el Estado se ha mantenido de lado y ha permitido que sea el ciudadano quien decida si ha de instar en contra el ofensor o si por el contrario no someterá su conflicto al conocimiento de la autoridad judicial. Resulta interesante señalar que en la legislación procesal penal alemana, el ofendido solo puede interponer querella privada (art. 374 y siguientes de Código Procesal Penal alemán), más en cuanto a acciones públicas se trata, el mismo solo puede adherirse a la que ha presentado el Ministerio Fiscal, sin que pueda ser querellante independiente, conforme el artículo 395 de la normativa indicada.

Otra novedad que se plantea y que es importante considerar dentro de las acciones que tiene el ofendido en el proceso, es la contenida en el artículo 358 del cuerpo legal procesal:

Artículo 358.- Clausura del debate

> Si está presente la víctima y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el procedimiento.
> Por último, quien preside preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar.
> Inmediatamente después declarará cerrado el debate.

Este reconocimiento en la etapa de juicio al valor de la víctima la posiciona como actora directa en el debate y no solo como denunciante o testigo.

La segunda práctica que se reclama debe tener la víctima en el proceso penal es el tener la opción reclamar una compensación del daño sufrido. Es así como, en concordancia con el artículo 37 del CPP, puede instar civilmente, dentro de la causa penal, contra quien haya agredido sus derechos. La Acción Civil Resarcitoria puede ejercerse entonces cuando el ofendido considere ha sufrido afectación de sus derechos y deben ser compensados más allá de la sanción penal a imponer:

Artículo 37.- Ejercicio

> La acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Esta misma posibilidad está presenta en las normativa procesal penal de Alemania, a partir del artículo 403, así como en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

Falta de analizar la necesidad de asistencia, y la obligación de darla que tiene el Estado que tiene el ofendido. Con especial énfasis en el derecho de información, la doctrina (Bustos, 2000, p. 48-49) estipula que

> En efecto, el hecho de que frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos; de que no recia la atención jurídica correspondiente; de que sea completamente mediatizada en su problema y de que más aún, en muchos casos (violaciones o agresiones sexuales, en general, violencia doméstica, etc) reciba un tratamiento que le signifique ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan sus condiciones de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima

Una vez que el proceso se ha iniciado, es requisito esencial que los participantes en el mismo conozcan las opciones y consecuencias con que se enfrentarán, siendo, en el caso de la parte ofendida, obligación estatal hacerlo, ya que no tiene la misma a quién más acudir, al menos hasta el momento en que se haga asesora por un abogado para constituirse como querellante o actor civil en el proceso. Esta necesidad de atención es condición indispensable para que esta parte tenga claros sus derechos y con ello la viabilidad de ejercer los mismos, con el ánimo de que sus intereses se vean satisfechos en lo que al proceso penal respecta.

Pese a lo expuesto anteriormente, hay opiniones que reflejan la necesidad de una mayor participación de la parte ofendida en las causas penales. Hassemer y Muñoz (1989 a., p. 29) apuntan lo siguiente:

> Actualmente la víctima está neutralizada, y en lugar de la compensación y el acuerdo entre lesionador y lesionado aparece la acción penal pública. Las posibilidades de la víctima de intervenir en el proceso penal son muy reducidas, a pesar de que existen instituciones como la querella, la denuncia, la acusación particular, ofrecimientos de acciones, etc., que directa o indirectamente permiten esa intervención

Hay que llamar a reflexión sobre esta opinión. El abandono de la víctima, o su neutralización en el proceso, como se ha llamado, si bien debe evitarse, ya que la misma es una de las partes principales del conflicto, no puede resolverse con dejarse a la libre sus acciones, ya que el control estatal se torna necesario para evitar abusos que resulten a favor o en contra de sus derechos y reclamos procesales. Si le desea dar mayor participación a quien haya sido ofendido por el delito, siempre ha de haber a su lado un contralor, que llame a orden cuando la igualdad procesal entre el acusado y la víctima se vea en peligro.

5.2 Los derechos de la víctima.

Los derechos de la víctima están determinados en el artículo 71 del CPP:

Artículo 71.- Derechos de la víctima

Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos:

a) Intervenir en el procedimiento, conforme se establece en este Código.

b) Ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido.

c) Apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

La víctima será informada sobre sus derechos, cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

Las intervenciones procesales ya han sido expuestas, lo mismo que el derecho, en general, de recibir información sobre lo que acontece en el transcurso de la tramitación de la causa. En igual sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en sus artículos 109 a 111 establece con claridad los derechos del ofendido así como refiere a los momentos procesales en que está facultado para participar en el proceso. Refiere además al artículo 761 del mismo cuerpo normativo. Por su parte, el Código Procesal Penal alemán, enlista a partir del artículo 406 las "competencias" del ofendido, entre las que se encuentra saber del estado de la causa, inspeccionar actas, etc.

Queda por comentar entonces el derecho a apelar aquellas resoluciones que dan fin al proceso en las etapas de investigación e intermedia, como son la desestimación y el sobreseimiento definitivo. Este derecho de impugnación lógicamente se le reconoce al ofendido de la causa ya que, como es de esperar, la finalización del proceso bajo supuestos que no contemplan la sentencia condenatoria o la aplicación de medidas alternas al proceso como son la conciliación (artículo 36 CPP) y la suspensión del proceso a prueba (artículo 25 CPP), o el proceso abreviado (art. 373 CPP), implican que de una u otra forma se le ha dejado sin mayor posibilidad de que se haga justicia a su favor. Por ende, es óptimo que la víctima pueda cuestionar ante un juez la determinación fiscal de dar por finalizada la causa judicial en la que se ha visto envuelta. Misma oportunidad se da a la parte agraviada conforme con los numerales 636, 848 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento criminal, más referido al recurso de casación.

Sobre estas facultades del ofendido, especialmente vista la amplitud del derecho de defensa de que goza el imputado en los procesos penales, se cuestiona si la posición de la víctima misma es débil frente al acusado. Si se considera que se debe dar más valor al damnificado (por su clara condición de afectado por el delito) y por ende mayor protección a este,

Hassemer y Muñoz, (2001b., p. 204) resumen algunas de las formas más comunes en que se han realizado estos cambios:

> Por un lado, la ampliación de la protección de la víctima se busca a costa de una restricción de las garantías del imputado en el proceso penal, considerando válidas, por ejemplo, pruebas obtenidas ilegalmente, dando a toda costa mayor valor probatorio en los delitos en los que la mujer ha sido víctima a la declaración de la mujer que a la del hombre, o condenando sólo en base a la declaración de aquella, sin más requerimiento de otras puebas: *in dibio pro muliere* (por ejemplo en los delitos de violación)… También en el ámbito de aplicación y ejecución de las penas (principalmente la prisión) se insiste en la prevención general intimidatoria, dejando a un lado la finalidad de reinserción social del delincuente, solicitando la prisión perpetua (o incluso la pena de muerte)para el delincuente violador, terrorista, narcotraficante o asesino en serie, o, por lo menos, que este cumpla íntegramente las penas de prisión impuestas sin reducción de su duración o atenuación de su régimen de cumplimiento, eliminando instituciones como los beneficios penitenciarios, el régimen abierto o la libertad condicional

Costa Rica no es ajena a estos fenómenos. Dados los incrementos en la criminalidad y la violencia con que esta se lleva a cabo, se ha planteado históricamente la posibilidad de variar los derechos del imputado en beneficio de la seguridad pública y personal. Debe tenerse sumo cuidado con estas propuestas. Los derechos del acusado no solo son de orden fundamental y han sido suscritos por nuestra legislación a nivel de Convenciones y Pactos internacionales, sino que en la práctica responden a la carencia de protección del mismo ante la maquinaria estatal, que se ve en la urgencia de perseguir las acciones delictivas. Por ello, no es respuesta a la inseguridad ciudadana el aumentar las penas o privar al encausado del disfrute máximo de sus derechos, ya que esto puede derivar en abusos contra los derechos humanos no solo de los imputados, sino de todos los ciudadanos.

Como plantea Hirsch, (2001, p. 100),

> No puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre imputado y ofendido en la relación procesal penal. La faz jurado penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del estado. El acusado es, por ello, aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien en relación con ello, solo poco está en juego

Sin dejar por menos los interesa del ofendido, es claro que no es a él a quien el Estado persigue para sancionar por un delito y sus derechos frente a los del acusado por sí mismos no se ven afectados. Si lo que se desea es aumentar la seguridad de la población y bajar los índices de criminalidad, es la prevención del delito y no la reacción procesal penal ante el mismo lo que puede ser la solución.

Capítulo III

Sistemas de persecución procesal penal y el proceso penal en Costa Rica.

Para poder determinar la existencia de resabios inquisitivos que afecten el derecho de defensa en la Fase de Juicio del proceso penal costarricense, es necesario hacer un repaso sobre los diversos sistemas procesales de persecución penal que se han implementado a través de la historia. La ejecución de las instituciones procesales sobre el imputado objeto de la investigación varía según cada uno, y con ello el ejercicio del derecho de defensa. No en vano afirman los profesores Armijo, Llobet y Rivero (1998, p. 272) que

> la defensa técnica destaca como elemento contestatario de la pretensión del Ministerio Público. Independientemente de la alternativa bajo la cual conceptualicemos el ejercicio de la defensa, lo cierto es que la historia nos ilustra sobre las diferentes concepciones según los sistemas procesales (acusatorio, inquisitivo, mixto). Lo que se considere un "buen defensor" va a estar condicionado por los procesos históricos y políticos de cada nación

Se realizará entonces un análisis general sobre los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, así como de la visión que sobre el derecho de defensa se tenía en cada uno de ellos. En estos primeros ensayos del proceso acusatorio, interesa analizar la posición del ente acusador, así como la del "juez" encargado.

1. Sistema Acusatorio

Históricamente, el nacimiento del proceso acusatorio se produce en Grecia y en la Roma democrática. Indica Leone (1963, T.I p. 21), sobre este proceso que "en su esencia responde a la índole de todos los juicios, esto es, a la de ser una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por el juez."

El desarrollo del proceso acusatorio en Atenas está en manos de los ciudadanos, quienes tenían el derecho de acusar para participar activamente en la administración de justicia. Se dividen los delitos en *delicta pública* y *delicta privata*.

Quien presentaba la acusación, era responsable de la misma. Así, indica Vélez Mariconde (1982, T.II p. 27), que "el acusador asumía una gran responsabilidad: así como en casos de condena recibía una parte de los bienes que se le confiscaban al delincuente, en caso de absolución era objeto de graves penas, cuya magnitud dependía de los votos emitidos en uno otro sentido por los miembros del tribunal", probablemente con la intención de evitar falsas acusaciones o al menos infundadas, que causaran persecuciones y gastos procesales al imputado y al pueblo. El acusador, entonces, no tendrá más opción, para no verse afectado en lo personal, que fundar debidamente la acusación para que la misma prospere.

La imputación daba inicio al proceso. Como señala Vélez (1982, T.II p. 28), "la acusación es, naturalmente, el primer acto procesal. En esto radica la primera garantía del imputado, que no puede, ser llevado a juicio sino en virtud de una imputación formal y pública que genera la responsabilidad de quien la hace", contra la cual en principio, el imputado tenía la facultad de defenderse, como veremos a continuación.

El Arconte, quien era el sujeto del proceso que se encargara de convocar a la asamblea para el juicio oral y público, es además quien "designa el tribunal competente y convoca a quienes deben constituirlo. Entonces, en la primera reunión, se produce una selección debida a posibles excusaciones y los jueces populares prestan juramento" (Vélez ,1982, T II. p. 28), una vez que se hubiera determinado que la acusación tuviera algún futuro. Vale mencionar el comentario de Alvarado y Morales (2004. p. 29) al señalarse que ya desde esta época se valoraba el no llevar a juicio ciertas causas por la improcedencia de las mismas. Esto sin duda, aceleraba la administración de justicia, evitaba cargas innecesarias al imputado y ahorraba tiempo y dinero al pueblo.

Cuando el acusado era llamado ante el Arconte, iniciaba su defensa, puesto que se le facilitaba el conocimiento de la acusación. Vélez (1982, T. II, p. 28) explica que "el imputado tenía obligación de comparecer ante el Arconte, a cuya presencia era llevado por agentes públicos

o por el mismo acusador, aún por la fuerza. En esa primera ocasión podía interponer excepciones o pedir algún término para preparar la defensa, prestando juramento de decir la verdad", teniendo así calidad de sujeto y no de objeto procesal. La posibilidad de conocer la acusación, de ofrecer prueba e incluso de gozar de un juicio oral y público, hacen del proceso penal de la Grecia democrática la cuna del sistema acusatorio como se conoce actualmente.

Sin embargo, se presentaban tratos inhumanos y degradantes contra algunos imputados, dado el estrato social del que provinieran. Vélez (1982. T II, p. 29) así lo expone

> la tortura fue empleada igualmente como medio de prueba. Primero con relación a los esclavos (a quienes creían indignos de deponer en otra forma) y después a los hombre libres. Discutían fríamente sobre su eficacia porque no tenían conciencia de su crueldad. (Isócrates). También se encuentran en los primeros tiempos las ordalías, que más tarde fueron medidas comunes de investigación

La práctica de la tortura en esclavos y en hombres libres es sin duda un revés del sistema acusatorio. Más debe hacerse hincapié en que al estar la sociedad griega organizada en diversos grupos sociales, según los cuales era el grupo de derechos que se albergaba, el uso de la tortura era, más que un trato cruel contra un ser humano, una forma válida de obtener prueba. Bajo la visión de la época, no se violentaba derecho alguno con la práctica de tormentos, lo que si resulta bárbaro ante los ojos de la sociedad democrática moderna.

En Roma, señala Vélez Mariconde, (1982, pp. T.II, 33-34):

> lo mismo que en Grecia, el derecho romano distingue entre *delicta publica y delicta privata*, según que el hecho vulnere a la propia comunidad o lesione tan solo un interés particular. En el primer caso, la acción es ejercida por cualquier ciudadano o por un magistrado que a ese fin se designa como representante del pueblo, y da lugar al *indicium publicum*; en el segundo, el poder de obrar en justicia pertenece exclusivamente a la víctima del delito, y origina el *iudicium privatum*

y, al igual que en Grecia, el juicio continúa siendo oral y público.

El acusador, se constituye, como en Grecia, en la contraparte del acusado, siendo quien debe procurar el avance de la causa ante el tribunal, y como señala Vélez (1982, T.II, p.40)

"lógicamente, su incomparecencia vale como un desistimiento de la acción. Ahora diríamos que es titular de la pretensión represiva, como en nuestras acciones privadas", ya que siendo el encargado de la persecución penal, está en su persona el interés por los resultados del proceso.

El papel del imputado en el proceso de la Roma republicana es también como sujeto procesal. Este tenía derecho a la defensa, como resume Vélez (1982, T.II, p. 40):

> La defensa personal fue siempre admitida; pero en esta época aparece, al lado del reo, un abogado o *patronus* que aquel puede elegir. Tanto como la actividad acusatoria, la actividad defensiva adquiere todo al significación que emana de la naturaleza del proceso, cuyo carácter político permite concebirlo como un *instrumento de garantía individual*

defensa que le permitía negar o reconocer los cargos, acceder a la prueba, conocer la acusación, y como ya se ha visto, tener patrocinio letrado.

Por último, debe indicarse que el imputado debía acudir ante el llamado de las autoridades, más no se permitía coacción alguna en su contra:

Consecuentemente, la coerción penal está en principio descartada: el *quoesitor* no puede hacer conducir al acusado por la fuerza pública ni puede ordenar su detención, salvo que confiese. Con posterioridad, sin embargo, la negativa de la acusación le da derecho a la excarcelación bajo fianza, con excepción de los crímenes más graves. También interesa anotar que si el acusado no comparece al debate, sin justa causa, aquél se realiza como si estuviera presente, aunque es dudoso que esto aconteciera cuando el delito imputado estaba reprimido con pena capital. (Vélez, 1982, T.II, pp. 40-41)

El juzgar al imputado en ausencia no tendría mayor sentido según la posible pena a imponer. Más debe considerarse que, cuando se trataba de delitos graves, el sujeto se mantenía preso, por lo que por obvias razones se presentaba a debate. Desde la mira actual, realizar el juicio en ausencia del acusado atenta contra sus derechos, pues como base para su defensa es que está presente en un proceso oral, público y con inmediatez de la prueba.

Vistos los antecedentes anteriores, los autores Alvarado y Morales (2004. p. 23) afirman con justa causa que “no por mera casualidad, el origen del sistema acusatorio lo encontramos en la Grecia democrática y el la Roma republicana”, ya que las características de lo que hoy conocemos como proceso acusatorio, se encuentran sintetizadas en estas dos sociedades.

1.1 Concepto de sistema de persecución penal Acusatorio

Se pueden extraer las siguientes particularidades del sistema acusatorio, citadas por Llobet (2005, T.I, pp. 69-72):

> a) La característica principal del procedimiento acusatorio es que la acusación le correspondía a una persona distinta del juez, en primer lugar al ofendido y a sus parientes, y posteriormente a cualquier ciudadano…
>
> b) Como consecuencia de lo anterior, rige el principio de que no puede actuar el juez de oficio, (ne procedax iudex ex officio), o lo que es lo mismo, no hay juez sin acusador
>
> c) El proceso se regía por la igualdad entre las partes y por el contradictorio, garantizándose así el derecho de defensa del imputado
>
> d) El tribunal desempeñaba un papel pasivo de árbitro entre la disputa entre el acusador y el imputado
>
> e) El imputado permanecía en libertad durante el proceso, por lo que solo excepcionalmente se disponía la prisión preventiva
>
> f) El juicio era oral y público
>
> g) Regía el principio de libertad probatoria
>
> h) No se permitía la tortura
>
> i) Se establecía la instancia única, por lo que en contra de lo resuelto en juicio no cabía recurso
>
> j) El juzgamiento se hacía por tribunal popular. Así en el Derecho Procesal Penal ateniense se estableció la participación directa de los ciudadanos en el juzgamiento…

La necesidad de una acusación pretende que haya completa claridad para el imputado sobre aquellos hechos que se han investigado en su contra. El proceso acusatorio supone la posibilidad de defenderse de dichos cargos, y que un juez imparcial sea quien resuelva el conflicto: de orden público o privado, la acusación marca el inicio de la intervención del juez. Al respecto confirma Leone (1963, T.I, p. 21) que "el proceso penal no podía incoarse sin la acusación; lo cual importaba la imposibilidad absoluta, para el órgano estatal (magistrado), de intervenir sin la acusación privada", acusación que en los sistemas de hoy es también de carácter público, y que igualmente, es la que insta al juez a resolver y no a investigar y acusar.

El que el ente acusador y el juzgador no sean el mismo, sin duda implica una garantía de objetividad e imparcialidad para el imputado, pues quien investiga debe convencer al juez de la veracidad de su acusación, lo que conlleva, en los estados democráticos, a la realización de investigaciones claras y basadas en pruebas válidas legalmente. El juez tiene obligación de escuchar a ambas partes, para encontrar la verdad, la cual, como afirman Alvarado y Morales (2004, p. 49) "es reconstruida en la dialéctica que opera entre los sujetos procesales, éstos actuando en un plano de igualdad entre ellos y con respecto al juez, son los responsables de construir la verdad a través de la interacción".

La participación de la defensa del imputado es entonces necesaria para que se de la contradicción entre las partes: el acusado, advierte Mora, (1996, p. 7) debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio, con el fin de aportar su prueba y su declaración para que el juez valore tanto su posición como la del ente acusador por igual. Por su parte, el juez, indica Leone (1963, T.I p. 22) "no tenía libertad de investigación ni de selección de las pruebas, sino que estaba vinculado a examinar únicamente las pruebas alegadas por la acusación", por lo que se limitará a escuchar a las partes y tomar su decisión con base en los elementos de juicio que le sean sometidos. El juez no investiga, no cuestiona, no busca, no indaga: este ha de limitarse a resolver sobre aquellos hechos que se han acusado, con base en las probanzas que se le exponen.

El ejercicio de los derechos del imputado, como sujeto y no como objeto procesal son trascendentales para que se cumplan los supuestos del proceso acusatorio. El derecho de conocer la acusación, cuestionarla, aportar prueba en su contra, solo limitada por los lineamientos legales,

y alegar las divergencias en el debate, sólo se garantizan plenamente si el juez no es más que el órgano que decide y no el que instruye. La tortura, la coerción o amenazas sobre el acusado y su defensa no son válidos en el proceso acusatorio, pues violentan la libertad del mismo para actuar conforme a sus intereses.

Además, rigen los principios de oralidad, publicidad y contradicción. Sobre estos apunta Ferrajoli (1995, p. 564)

> Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, al que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción.

La publicidad es a la vez un control de la administración de justicia, en tanto jueces y partes develan su actividad ante los controladores del sistema, la sociedad en general, que valorará si sus funciones procesales han sido realizadas a cabalidad.

En suma, se puede determinar que el proceso acusatorio es uno de los que garantizan más la igualdad de las partes, sosteniendo los sistemas penales de estados democráticos. Para Mora (1996, p. 7), sin duda "en los regímenes políticos democráticos se deben utilizar sistemas procesales en los que se aplica la mayoría de los principios que informan este sistema, por posibilitar en mayor medida el respeto a los derechos de los ciudadanos y porque el pueblo tiene una mayor injerencia en la administración de justicia", entre los cuales, como se ha visto, el sistema acusatorio resulta de lo más apto para lograr estos fines.

1.2 Tratamiento del Derecho de Defensa en el sistema Acusatorio

De lo que se ha citado, se puede extraer que el derecho de defensa tiene fuerte presencia en el proceso de corte acusatorio. Al dar inicio la causa penal con una acusación que proviene de un ente ajeno al juez, el imputado y su defensor ostentan el derecho de responder la intimación de los hechos con las declaraciones que se consideren prudentes, ofrecer la prueba y que esta sea evacuada, así como llevar la causa un juicio oral y público, donde habrá control del ejercicio de la

función del juez, inmediatez de la prueba e intervención de la defensa en representación de sus intereses. Se presenta la contradicción a lo largo de todo el proceso, habiendo respuesta y réplica en cada fase de la defensa hacia el acusador, y viceversa. El juez, quien ha de dictar sentencia sobre la verdad de los hechos y la participación del encartado, oirá en el plenario a las partes, quienes en igualdad de condiciones expondrán sus alegatos.

No debe dejarse de lado que el poder punitivo del Estado se encuentra pendiendo sobre el acusado, ante el cual, la única posibilidad del imputado de hacerse oír es ejercer su derecho de defensa, en libertad, de ser posible, y en caso de estar privado de libertad, en pleno contacto con su defensa técnica.

Aldana (1985-1986, p. 319), comenta sobre este modelo procesal lo siguiente:

> Entre las desventajas que se atribuyen la proceso acusatorio están estas: Puede conducir a la impunidad por el simple hecho de que el ofendido no formule acusación o, por el contrario, constituir medio de extorsión al ser conferido el poder de acusación solamente al ofendido, quien puede buscar determinadas ventajas a cambio de su inactividad procesal; la teórica igualdad de las partes no siempre constituye una verdad en el plano de la realidad, porque se entrega la demostración de lo realmente ocurrido a las partes, cuya pericia o poder pueden ser diametralmente diferentes u opuestos, con ventajas para el mejor preparado o más poderoso. De otra parte, es indudable que por medio de la publicidad se impone un estigma al acusado

Analizando una a una estas observaciones, y su relación con el ejercicio del derecho de defensa, se tiene, en cuanto a la actividad o inactividad del ofendido en la formulación de una denuncia, que no debe haber preocupación alguna por la posible impunidad, ya que siendo la víctima la interesada, si no acude a la autoridad judicial, será porque no desea iniciar la contienda judicial, o ha llegado a un acuerdo con el ofensor, que hace innecesaria la intervención estatal. El conflicto pertenece a las partes, de ahí que en la investigación no se admite la intervención del juez, por lo que debe respetarse el criterio del afectado en caso de no querer persecución penal contra el posible autor de los hechos.

En segundo término, la posibilidad de extorsión del ofendido a cambio de su inactividad procesal, no es *per se* un argumento contra el sistema acusatorio, puesto que en cualquier otro

sistema procesal igualmente la parte agraviada podría aprovechar su situación para abusar de su contraparte. Si quien puede accionar no lo hace por sacar provecho de un probable acusado, no es consecuencia de los principios que rigen al sistema acusatorio, sino del compromiso moral y social con la administración de justicia que tenga la sociedad. El rol de la defensa, que inicia en los sistemas procesales penales modernos con los primeros actos de la investigación, no solo no se ve comprometido, sino que incluso puede hacer acto de denuncia cuando, una vez iniciado el proceso, es sujeto de ofertas por parte del injuriado, con el fin de negociar el retiro de la acusación.

La igualdad de las partes en el proceso acusatorio si bien existe en la teoría, es también uno de los principios que rige al mismo. Sin la igualdad de condiciones, o igualdad de armas, el derecho de defensa se vería obnubilado por completo, ya que el poder punitivo estatal estaría sin reservas tras el imputado, quien no contaría con derecho alguno para defenderse. El punto que señala el autor, sobre la preparación de las partes para el debate, tampoco resulta operativo como crítica contra el proceso acusatorio, ya que la agilidad y los conocimientos de los intervinientes es un asunto subjetivo que depende de cada profesional y no objetivo o procesal.

Tanto la defensa como el ente acusador deben tener al menos preparación en la letra de la ley, y a partir de ahí, la estructuración de la posición de cada uno en el sumario, los estudios académicos de los abogados, y la agilidad mental de los mismos en su labor, son aspectos subjetivos ajenos a la letra de la ley y al sistema procesal que se aplique.

Por último, un tema que resulta importante tratar es la publicidad del debate y el estigma del acusado.

El principio de publicidad procesal, como indica Dall´Anese (1996, pp. 657-658),

> es la posibilidad de cualquier ciudadano de presenciar la audiencia, escuchar y observar la prueba para formarse su propio juicio. Es un medio que sirve a un derecho penal democrático en dos sentidos: para la transparencia de la administración de justicia penal, sometida al control directo del pueblo; y como derecho del acusado de ser sometido a una pena sólo en el caso de ser demostrada su culpabilidad. Quienes presencian el debate controlan la aplicación de los derechos constitucionales y humanos, de modo que cuando pudieran verse en la

> situación del acusado tengan la seguridad de ser condenados únicamente a través de un juicio justo y legal.

Es entonces la publicidad una garantía para que se cumpla con los derechos de las partes, y en el caso específico del imputado, para que se asegure el libre ejercicio de su derecho de defensa. El control que sobre el juez ejerce la sociedad es de corte ético, y al fallar la ética del juez, puede accederse a las vías legales para cuestionar su función objetiva. Por ello, es beneficioso a los intereses del acusado que el proceso sea público, ya que quedará en evidencia si hubo aplicación de la legalidad en su sentencia, o si por el contrario, se cometió algún abuso sobre sus derechos procesales e incluso personales. La posible estigmatización que se de sobre el indiciado tampoco depende del sistema procesal, sino de la educación que en materia de derechos fundamentales tenga la población. Cubierto por el Principio de Inocencia, el sujeto será culpable cuando así se le demuestre, y este principio procesal ha de ser trasmitido a la comunidad por la autoridad judicial.

2. Sistema Inquisitorio

El proceso Inquisitivo comienza a gestarse en Roma, con la caída de la práctica de la imposición de acciones populares. Una vez que la acción penal quedó exclusivamente en manos del estado, narra Vélez (1982, T.II, p. 52) que "aunque el debate siguió siendo oral y público, como ya se ha dicho, la instrucción preliminar fue encargada a los jueces y se efectuó por escrito y secretamente. Es el germen del régimen inquisitivo que después renacerá vigoroso en el seno del derecho canónico. Es la idea que nutrirá al sistema mixto." Es entonces el momento histórico en que la investigación de los delitos pasa a manos del juez, quien además será quien emita sentencia final en el asunto. El momento histórico en el que se desenvuelve, resume Armenta, (1995, p.11), "abarca un período comprendido entre el siglo XIII, cuando comienza a arraigar, y el siglo XIX, época en la que decae".

El moviendo más conocido y representativo del sistema inquisitorial es la llamada Santa Inquisición: "en el curso del siglo XII se instituyó y consolidó paulatinamente el Tribunal de la Inquisición o Santo Oficio, para reprimir la herejía, el sortilegio, la adivinación, etc. Fue un

tribunal temido por la gravedad de las penas que imponía, por el secreto de su procedimiento, exento de toda garantía para el acusado, y por la inapelabilidad de sus sentencias", según apunta Vélez (1982, T.II, p.96). Conocida por imponer sanciones que iban desde la tortura hasta la muerte en la hoguera, la Santa Inquisición influyó fuertemente en los procesos de carácter judicial no religioso, siendo que las garantías procesales para el acusado desaparecieron por completo, el juez era a la vez parte investigadora de la causa y no había posibilidad de impugnar la sentencia final. En palabras de Vélez (1982, T.II, pp. 99):

> Abolida la acusación y publicidad del proceso, el juez actúa de oficio y en secreto, asentando por escrito las declaraciones testificales. Aunque éstas eran notificadas posteriormente al reo, aún se le ocultaba el nombre de los testigos. Desde entonces (*inquisitio* significa pesquisa que se cumple por escrito y secretamente, y al término de la cual se dicta la sentencia), el proceso cambia fundamentalmente de fisonomía: lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna una lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución

Como objeto del proceso, era posible arrancar la confesión mediante tortura, sin defensa alguna presente, y el "defensor" era solo una figura de corte decorativa. El proceso era impulsado en contra del acusado con toda la fuerza posible, sin opción alguna de al menos responder a los cargos en su contra, sin tener contacto con la prueba y sin tener el patrocinio letrado con fuerza representativa que se hiciera necesario. Bien indica Vélez (1982,T.II, pp. 120), sobre los derechos del indiciado que

> la defensa del reo se hizo ilusoria, pues si bien el juicio se efectuaba ante un defensor, éste no conocía el nombre de los testigos, mientras su cliente se había sometido antes a la tortura; la recusación fue prohibida por Felipe II, el 10 de marzo de 1553; el imputado era víctima de una cruel y bien organizada persecución, aún cuando resultara (lo que ocurría muy excepcionalmente) absuelto; las penas eran crueles y arbitrarias.

La objetivización del inculpado en el proceso impedía la valoración de la efectividad de las sanciones y menos aún de la posibilidad de reintegración social. Por el contrario, la dureza de

las penas implicaba la limpieza del alma y la penitencia por el delito cometido, en una mezcla del factor religioso con el factor penal.

Citando a Vélez (1982, T.II,p. 101), "el sistema inquisitivo que establecieron los canonistas sobre las ilustres cenizas del derecho romano, invadió paulatinamente las costumbres y las legislaciones laicas de Europa continental, desde el siglo XIII hasta el XVIII, al mismo tiempo que fueron muriendo, bajo la influencia del nuevo derecho, las instituciones germánicas primitivas" por lo que como era de esperar, la influencia española se hizo sentir en el resto de Europa.

En Francia, por ejemplo, el trato al incriminado era deshumanizado: El acusado, dice Vélez Mariconde (1982, T.II p. 126), era sometido a prisión preventiva, por regla general, no siendo posible su libertad provisional bajo caución cuando se procedía "por reglamento extraordinario", es decir, cuando se investigaba un delito grave. La cárcel era- según expresó Le Clergé- una mansión de horror e infección". Esta descripción deja en claro que no había respeto alguno, o al menos reconocimiento de la condición de ser humano, recibiendo el bien denominado reo tratos chocantes con la dignidad.

No hay un reconocimiento del derecho de defensa como en el proceso acusatorio, pues el encartado no puede acceder a su defensor, a la prueba o al menos al derecho de abstención. La situación de la defensa de la persona sometida al sumario en esta época, la ilustra Vélez Mariconde (1982, T.II, pp. 126-127) de la siguiente forma:

> por lo general, la defensa estaba prohibida en todo el curso del proceso; el procesado sólo podía comunicarse con su defensor después de declarar, y en caso de crimen capital era sometido, previo juramento, a un hábil interrogatorio; como en la mayoría de los casos no se le podía condenar a penas graves sin que confesara, el "arte de interrogar" era una cualidad preciosa del juez de instrucción

El ejercicio del derecho de defensa en el proceso inquisitivo era anulado ante el poder estatal representado por el juez o el sacerdote investigador. Como indica Armenta (1995, p. 22), "en un primer momento, la garantía de perseguir los hechos delictivos y de la búsqueda de la verdad material se arbitró a través del sistema inquisitivo, en donde el órgano judicial asumía las

funciones investigadoras, acusadoras y juzgadoras, a la par que se especializaba y profesionalizaba, perdiendo la justicia penal su carácter popular" sin opción de enfrentarse al mismo o contar con un representante con el suficiente poder como para hablar en su lugar.

Además, el proceso como tal era legal de esta manera, hasta la aparición de las ideas que velan por los derechos humanos, punto que se mencionará con posterioridad.

2.1 Concepto de sistema de persecución penal Inquisitorio

Vista brevemente la historia del proceso inquisitivo, procede hacer hincapié en las características que lo identifican, las cuales, como se verá, afectan notoriamente el ejercicio del derecho de defensa o cualquier otro derecho que competiera a la figura del imputado en el proceso penal.

Magistralmente, el Prof. Llobet (2005, T.I, pp. 78-90) comprime las particularidades del proceso inquisitivo de la siguiente manera:

> a) la nota identificativa del sistema inquisitivo fue la intervención del juez, como órgano estatal encargado de la investigación y juzgamiento de los delitos, lo que en definitiva condujo a que en la misma persona se acumularan las funciones de acusador y juez, con la consiguiente pérdida de imparcialidad, aunque teóricamente se consideraba que el juez debía buscar la verdad material y con ello actuar también en tutela de los inocentes
>
> b) El proceso se caracterizaba por ser escrito, secreto y no contradictorio, siendo el imputado tratado no como un sujeto procesal sino como un mero objeto
>
> c) la víctima desapareció del conflicto, dándose lo que se ha llamado por el abolicionismo penal como la expropiación del conflicto…
>
> d) la denuncia anónima era suficiente para el inicio del proceso…
>
> e) el encarcelamiento preventivo del imputado, o prisión secreta, era la regla, iniciándose el proceso con él…
>
> f) la designación de un defensor al imputado se hacía en etapas avanzadas del proceso, siendo su función meramente secundaria, y más que una labor de defensa

> que podría poner en entredicho al mismo defensor, trataba de contribuir generalmente a que el imputado confesara el delito…
>
> g) el sistema de prueba que existía era tasado, teniendo importancia fundamental la práctica de la tortura…
>
> h) en cuanto a las sentencias se destaca lo lacónico de las mismas, en claro contraste con el extenso volumen del expediente…
>
> i) dentro del proceso penal no se partía de una presunción de inocencia del imputado, sino más bien de una de culpabilidad… Con base en ello, si alguien llegaba a ser absuelto, se justificaba el encarcelamiento preventivo y la tortura a que hubiese sido sometido, indicando que sin ese dolor no hubiese podido ser confirmada la inocencia por el tribunal (citando a Dulem)
>
> j) En principio en Italia era posible la presentación de un recurso de apelación en contra de la sentencia
>
> k) Por otro lado en Italia, la sentencia condenatoria impedía un nuevo juicio contra la misma persona por el hecho, a menos que con posterioridad al hecho se hubiesen producido ulteriores consecuencias"

Iniciando con el papel del juez en la causa penal, éste se convierte en investigador, en quien detenta el poder para llevar el asunto penal hasta sus últimas consecuencias procesales, incluida las sanción. Entonces, es el mismo juez quien recolecta la prueba, y crea criterio sobre la participación del acusado, al cual, él mismo, le impondrá conocimiento sobre los hechos que se le acusan y la prueba en su contra, para posteriormente emitir criterio sobre el grado de responsabilidad del sujeto investigado. Esta actuación expresa del juez se conserva hoy día en el proceso penal alemán, específicamente en el artículo 155 del CPP de Alemania. Indica Roxin (2000, p. 99) lo siguiente:

> … en el proceso penal rige el principio de investigación, también llamado principio de la verdad material o principio de instrucción o inquisitivo. El principio de investigación supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa, (instruye por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso

El juez, entonces, es una parte activa del proceso y buscador de la verdad, a la vez que es quien sentencia sobre lo recabado. Existe, como señala Leone (1963. T I. p. 24) "libertad del juez en la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, independientemente de todo comportamiento de las partes", por lo que no se trata entonces de un juez imparcial que escucha a las partes, valora la prueba y emita criterio, sino, de un juez activo interesado en la acusación y en búsqueda de los elementos probatorios para demostrar una tesis con la que se encuentra ya identificado. Por ello, la parte con cuya posición no comulga el juez se ve afectada en el tanto su probanzas no son importantes para el juzgador, ni las valorará de igual manera que aquellas que él mismo a traído al proceso. Si el juez es parte del aparato estatal, la defensa del imputado es la que probablemente se ve a afectada negativamente con la investigación del juez, ya que el mismo representa al poder punitivo que a la vez ejerce y fudamenta para que sea aplicado.

Este dominio del juez se ve aumentado y descontrolado, dado que el inquisitorial puro se desarrollaba por escrito y de manera secreta. Así, no había posibilidad de saber por parte del acusado u otro interesado sobre la marcha de la causa, la prueba que se estaba produciendo, y menos aún cuestionar en forma alguna el proceder de la autoridad. Este proceso, puntualiza Mora (1996, p. 10) "tiene un claro contenido persecutorio; la investigación muchas veces se realiza de espaldas al imputado, el expediente poco a poco se va completando, el recibo de la prueba no amerita intervención alguna de la defensa, el instructor va dando a la encuesta el giro que estima corresponde", faltando el control social que la oralidad y la publicidad dan al ejercicio de las facultades punitivas del estado en la persona del juez. Sin este mecanismo de control, los procesos de corte inquisitivo eran ante todo, precursores del irrespeto a la condición humana de los posibles intervinientes.

Dejando por ahora de lado el papel del acusado, debe mencionarse que la víctima u ofendido no es más que un observador del progreso de las pesquisas y sus resultados, pues el conflicto no le pertenece sino al ente judicial. "El inquisidor no necesitó ser excitado por un tercero- el acusador-para poder iniciar su actividad investigativa; el procedimiento se iniciaba de oficio y para el juez ello representó una obligación", como indica Mora (1996, p. 9). No hay entonces más que un actor y detentor de la acción penal- el juez-, sin que medie en función más que una intención de coartar por los medios posibles la delincuencia. Tal como resume Roxin (2000, p. 86)

> En el proceso inquisitivo el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (el inquisidor) – que investiga y juzga- y el objeto de su actividad (el inquirido). En la historia, el reconocimiento del principio de oficialidad ha conducido, en un primer momento, a esta forma de procedimiento penal. Sin embargo, contra esta configuración del proceso existen varios inconvenientes: por un lado en el proceso inquisitivo, el juez no es imparcial, sino que se siente preponderantemente un órgano de la persecución penal y, por otro lado, el inquirido está prácticamente indefenso; no puede defenderse de modo suficiente

La figura del sujeto investigado, como deja ver la cita anterior, sufre de inagotables abusos de la autoridad del juzgador, ya que el acusado es un objeto procesal y no un sujeto, siendo esta, como se anotará posteriormente, una de las mayores críticas que se ha hecho contra el sistema procesal inquisitivo a través de la historia. El imputado es ante todo una formalidad que se da en el proceso (puesto que alguien debe ser el que cometa el crimen que el juez investiga), más no tiene voz o voto en las pesquisas que se realizan. La falta de publicidad impide el ejercicio de cualquier control sobre los actos del juez, siendo el secreto de las actuaciones la sombra bajo la cual se cubren los actos abusivos que se cometen contra el imputado.

Explica Mora (1996, p. 10), que

> No resulta característica de este sistema posibilitar el acceso al expediente, ni el pueblo puede constituirse en garante de la administración de justicia; de toda forma esta se administra en nombre de Dios, del Monarca o del Emperador. La publicidad no es indispensable, se constituye por el contrario en un estorbo. El secreto adquiere importancia pues permite al inquisidor investigar sin los obstáculos que pueda interponer la defensa, o las otras partes involucradas en el conflicto a resolver. Al amparo del secreto se realizaron toda clase de excesos y aún se legitimó la tortura para arrancar la confesión, madre a su vez de todas las pruebas

Como el acusado es objeto de prueba, todo medio resulta válido para obtener la confesión de los cargos, no solo porque esto permite se acelere el proceso, sino porque es éste la fuente principal para conocer la verdad de lo acontecido, sin que medie la posibilidad de que haya inocencia. Entonces, se omite el respeto al principio de Inocencia, por lo que es la culpabilidad lo que se presume por el juez al tratar al acusado y al evacuar la prueba, como tampoco al momento de imponer una sanción.

La posibilidad de recurrir de la sentencia, como señalara Llobet (2005, T.I, pp. 78-90), nace en Italia. Más la imposición de recursos no es en respuesta a los derechos del condenado: "como la justicia era delgada" explica Mora (1996, p. 11), "lo resuelto debía ser revisado por quien delegaba; nacen así los recursos, pero no como expresión de un reconocimiento a un derecho fundamental, sino de poder y dominación" ya que, como aclara este autor, " si la justicia se administra en lugar de otro-Dios, Monarca, Emperador- el verdadero titular de la función tiene que tener la posibilidad de revisar lo que en su nombre se ha hecho; y ello es factible, pues lo actuado consta en un expediente".

En suma, la opción de recurrir es el medio para confirmar que el poder ha sido correctamente ejercido, pero no con vista en los derechos del condenado, sino en los alcances de las autoridad del soberano, del estado, del rey.

No todo han sido críticas para el sistema inquisitivo. Aldana (1985-1986, p. 321), valora como aspecto positivo, lo siguiente:

> El sistema inquisitivo tiene la ventaja de que reivindicó para el estado el poder de promover la represión de los delitos y de esta manera es un mecanismo más apto para proteger la sociedad frente al delincuente, porque la oficiosidad impide la paralización de los procesos; sin embargo limita las garantías del imputado, de modo que es más un sistema represivo que de justicia, a más de que el secreto impide la función catárquica que debe tener la acusación procesal

No parece acertada su apreciación en cuanto a la reivindicación del poder estatal por poseer y manejar el conflicto. Son las partes las que han visto afectados sus bienes jurídicos y desearán resolverlo dentro de los cánones de la legalidad, y no el Estado en la figura del juez suplantar a una o a otra.

La protección de la sociedad frente al crimen no es consecuencia de la puesta en práctica de sistema procesal alguno, sino de medidas de políticas gubernamentales preventivas de la delincuencia, y, una vez que se han transgredido los intereses individuales o sociales por la

comisión de un delito, igualmente serán los agraviados y los acusados quienes deben dar respuesta, por medio del aparato de justicia, a sus reclamos.

La paralización de los procesos judiciales se evita con un Ministerio Público eficaz, no un juez que a la vez sea investigador. Más bien, pareciera que el recargo de las dos funciones en la sola figura del juzgador es lo que hace más lento el proceso, puesto que el juez no se concentra en una sola actividad, sino que debe cubrir la investigación y tomar partido en ella a la vez. Con un ente acusador ajeno al juez, y dedicado solo a la investigación, resulta más probable que sea el tribunal expedito en la toma de sus decisiones.

2.2 El derecho de defensa en el sistema Inquisitorio

La condición de objeto que tiene el imputado en el modelo procesal inquisitivo, a diferencia del proceso acusatorio, hace que en el desenvolvimiento de la sumaria no se presenten en forma plena, en algunos supuestos, o no se den del todo, los elementos propios del ejercicio de este derecho.

Iniciando con el derecho a ser intimado de los hechos que se le acusan, y dada la naturaleza secreta y escrita del inquisitivo, el acusado rara vez conoce la totalidad de los cargos en su contra. Así, dice Mora, (1996, p. 11) "a la persona que se le juzgaba no se le comunicaba previamente sobre cuál era la acción que motivaba su vinculación con el proceso, pues el que ejerciera o no su defensa no era requerimiento propio del sistema", lo que impedía, como es de suponer, que al menos se preparara para la posible sanción a imponer.

En principio, además, el acusado no cuenta con la presencia de un defensor de su confianza, y de tenerlo durante el sumario, dice Fernandino (El juez, el fiscal y el abogado defensor... En: www.dplf.org/conference98/Ferrandino.html (21-03-05), "la mera presencia formal de un defensor de oficio fue suficiente para que éste pudiera válidamente llegar hasta su etapa final", sin pararse a determinar que efectivamente su comparecencia por sí sola no implica ejercitar el derecho de defensa.

Las actuaciones del defensor eran limitadas en el tanto el imputado era un objeto de prueba contra el cual el juez podía actuar a su antojo. Al no haber intimación, no hay además posibilidad de responder a los cargos, y por ser secreto el proceso, no se conocen las pruebas de cargo hasta que el juez lo permita.

Incluso, la participación de un letrado que represente al indiciado es en el proceso inquisitivo una especie de escollo a la administración de justicia, pues, como indican Alvarado y Morales (2004, p. 37) "la defensa del imputado brilló por su ausencia en el sistema inquisitivo, pues se le consideraba un obstáculo para el descubrimiento de la verdad, la investigación no podía fallar, a toda costa había que buscar la condenatoria aún del inocente con tal de que el culpable no quedara impune". Intromisiones de la defensa en respuesta a la investigación sin duda entorpecen la rápida marcha de la misma, así como obtener resultados traducidos en expiación de culpas por el acusado.

De los aspectos más reprochables que tuvo el sistema inquisitivo es el uso de la tortura como medio para obtener la confesión, la cual era plena prueba y suficiente, en general, para dictar condenatoria. Al respecto, subraya Guarneri, (1952 p. 282), lo siguiente: "el inquirido era un objeto de prueba en el pleno sentido de la palabra; se le interrogaba para prueba, se le atormentaba a veces para arrancarle una confesión, se le castigaba si se le probaba la mentira, su confesión valía como prueba de primer plano… en tanto que se desconocía todo valor a las afirmaciones que le fueran favorables". Las prácticas de tormento para obtener del inculpado la confirmación de los cargos le niegan su naturaleza de ser humano digno, lo que convirtiera al proceso inquisitivo en maquinaria de suplicios físicos y psicológicos más que en administración de justicia.

La prisionalización del encartado durante el proceso, como regla general, igualmente coarta no solo su libertad, sino también su posibilidad de defensa, pues a expensas del juez y encerrado, el acceso a la prueba de descargo es casi imposible. Agrava esto los límites impuestos por ley al defensor, pues éste tampoco puede ejercer libremente su función en representación del imputado.

La siguiente cita de Houed, Sánchez y Fallas (1998, p. 28), condensa la situación del acusado durante la tramitación de la causa penal:

> Puede ser sometido a interrogatorio, tormento, y mantenido preso preventivamente por tiempo indefinido (preso sin condena) inclusive durante todo el proceso. Se le sentencia sin obligación, por parte del juez de fundamentar su fallo, y si es absuelto o sobreseído por falta de pruebas, la causa puede ser reabierta si posteriormente aparecen nuevos elementos que en criterio del juzgador lo ameriten.

Así, el derecho de defensa se ve invalidado el los sistemas procesales inquisitivos, derivando de ello una completa impotencia de esta "parte" procesal para esgrimir cualquier argumento u aportar alguna prueba a su favor. Por ello, es que el modelo inquisitivo de proceso penal fue variado en beneficio de los participantes, ya que la negación de la naturaleza humana al imputado, al ser cosificado por la propia ley, sin duda trajo en su momento una reacción fuerte que promovió, como se verá, el nacimiento de los sistemas mixtos.

3. Sistema Mixto.

Como una respuesta a los abusos del sistema inquisitivo, y parte de la reforma dada con la Revolución Francesa a los derechos de los hombres y los ciudadanos, nace el sistema procesal mixto, que, cómo su nombre lo dice, resulta una mezcla de diversas características de los sistemas acusatorio e inquisitivo. Como apunta Mora (1996, p. 14) sobre el Sistema procesal Mixto, "su nacimiento se relaciona con la época post-Revolución Francesa, pero fueron las voces que desde principios del siglo XVIII se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que el sistema inquisitivo conlleva las que crearon el ambiente necesario para que el cambio se produjera." Y es que las proclamas de derechos a favor del pueblo, antesala de las declaraciones de derechos humanos del siglo XX, dan pie al cambio en los procesos de persecución penal, dando la posición central al ser humano y no al Estado.

Tal como indica Llobet, (2005, T.I, p. 91)

> Es importante anotar que como reacción al proceso inquisitivo, como consecuencia de las críticas de la doctrina ilustrada a la inhumanidad del proceso penal existente, la revolución francesa trató de establecer un proceso acusatorio, en el que se establecía el acusador popular, el jurado, el juicio contradictorio, la publicidad, la oralidad y la libre convicción del juez (Ferrajoli). Sin embargo ello no duró mucho, puesto que como contra reacción se aprobó en 1808 el Código Napoleónico, que echó marcha atrás en la regulación acusatoria del proceso, adoptando una serie de aspectos del proceso inquisitivo, dando lugar al proceso denominado como mixto

Es entonces el Código de Napoleón el que instaura formalmente el llamado sistema mixto, el cual viene a ser una conjunción de algunos elementos de los otros sistemas que ya se conocieran en Europa. Por ejemplo, el Código Napoleónico acoge los tratos al derecho de defensa que se criticaran del inquisitivo, en los cuales no se permitía contacto con el defensor o con la prueba, más la admite para el debate. Véase como lo especifica Vélez (1982, T.II, pp. 143):

> La indagatoria es secreta, y el acusado, antes de ella, no puede conocer la querella ni los documentos recogidos por el juez, ni puede conferenciar con su defensor. La detención preventiva es la regla general cuyo rigor aún puede ser agravado con la incomunicación. La libertad bajo caución no procede cuando se atribuye un crimen, cuando el prevenido es vagabundo o reincidente. La defensa es nula durante la instrucción preparatoria. El Código la organiza sólo para el juicio definitivo.

El proceso entonces va a ir enfocado siempre con una fuerte etapa de investigación, delegada en un juez, en la que el secreto de las actuaciones se mantiene, tanto para el imputado como para el resto de la comunidad, y los alegatos han de exponerse en el plenario. Sigue vigente la prisión preventiva durante todo el proceso y no hay posibilidad de ejercer la defensa durante la instrucción, ya que el imputado sigue bajo la tutela del juez y no de su defensor, ni se le reconoce la plenitud de ejercicio de este último derecho.

Con el paso del tiempo, la aplicación del poder punitivo del estado fue administrada entre el juez instructor y el ente fiscal, sea, el representante del Estado que persigue el delito. El nacimiento del Ministerio Público conlleva una división de funciones entre el juez y el acusador, donde el primero resulta con carácter más imparcial que investigador en la etapa de debate, (no así en la instrucción), y el segundo ejerce la acción penal. Armenta, (1995, p. 33), en alusión a la aparición del Ministerio Público en el proceso mixto, señala que

> En otro orden de cosas, la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso penal conlleva inevitablemente un quebrantamiento del acusatorio "strictu sensu" que ha obligado a adicionar el calificativo "formal" a su enunciado. Dicha quiebra, tal como se indicó, se justifica por la pretensión de garantizar, de un lado, la efectividad de la persecución penal, (mediante el deber para este órgano de investigar y perseguir en su caso todo hecho con apariencia delictiva, conforme al principio de legalidad) y, de otro, procurar la imprescindible imparcialidad del juez, inexistente en un sistema inquisitivo

Este rompimiento de la función soberana del juez facilita el desarrollo de las dos etapas que caracterizan al proceso mixto: la etapa de investigación, comandada por el juez e impulsada por el ente fiscal y la etapa de plenario, donde el juez de juicio escucha a las partes, hace gala de imparcialidad y dicta sentencia, en ejercicio del poder de punición estatal. La coordinación procesal de ambos-juez y fiscal- se explicita a continuación (Armenta, 1995, p. 22):

> Más aún, al contrario, el paso al proceso acusatorio formal representa una construcción artificial en cuanto no implica que el Estado haya cedido ni su jurisdicción ni su derecho exclusivo de castigar el delito.
> En efecto, el sistema acusatorio formal o mixto recibe su nombre de la característica según la cual, como en el sistema inquisitivo, la investigación y la persecución de los delitos representa una función pública no abandonada a la iniciativa de los particulares, pero, al mismo tiempo, como en el sistema acusatorio, no es función atribuida al juzgador. La Ilustración, la Revolución Francesa y la doctrina de la separación de poderes obligaban a garantizar ineludiblemente la independencia judicial y sobre todo su carencia absoluta de facultades legislativas directas o indirectas.
> Para coordinar ambas exigencias- asegurar la persecución y separar las funciones acusadoras y juzgadoras- resulta esencial la creación de un nuevo órgano: el ministerio fiscal. Al mismo se encomienda la repetida persecución ya sea en forma exclusiva (sistema continental francés, italiano y alemán entre otros) ya sea compartida (sistema continental español)

En América Latina, la adopción del sistema mixto o acusatorio formal ha hecho que se presente el mismo en varias combinaciones de las características de cada uno de los sistemas, sin que se pueda aseverar, que uno u otro se ha practicado de manera íntegra.

Interesa a este respecto la observación que hace Llobet (2005, T.I, p. 93), cuando afirma que

> Es difícil encontrar sistemas acusatorios o inquisitivos puros, de modo que en un sentido amplio todos los sistemas son mixtos. Ello llevaba a la doctrina en Latinoamérica, aun antes de la reforma procesal penal que se inició en la década de los noventa del siglo pasado, a afirmar que se tenía un sistema mixto, ello a pesar de las violaciones del derecho de defensa del imputado, de que la prisión preventiva era la regla y de que no existía un juicio oral y público en que rigiera el principio de inmediación

Al menos en Costa Rica, durante el siglo XX se pasó del proceso inquisitivo del Código de 1910, al proceso mixto con mayor naturaleza inquisitorial de 1973, hasta el mixto actual, vigente desde 1998, de corte acusatorio. En un plazo de ochenta años, el sistema procesal costarricense ha variado notablemente, dando mayores garantías al imputado, facilitando el ejercicio del derecho de defensa, y proveyendo al proceso de principios como la proporcionalidad, la inmediatez de la prueba, la oralidad, etc.

El mismo ejemplo han seguido otras naciones del continente: cita Binder (2005, p.36) que

> Con un ropaje u otro, el siglo XX no sirvió para que América Latina dejara atrás el modelo inquisitorial. Solo hacia el final del siglo, desde mediados de los años ochenta y con mayor fuerza en la última década, se renovó la preocupación republicana por la administración de justicia. Esta vez, ligada además, a la necesidad imperiosa de construir sistemas democráticos efectivos y no meras fachadas o democracias fraudulentas. Venezuela, Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, lograron finalmente remover las estructuras formales del antigua sistema procesal y hoy se debaten, con mayor o menor éxito, en el intento de poner en funcionamiento sus nuevos modelos sin caer en las viejas prácticas inquisitoriales, que una vez más demuestran su fuerza

Queda claro entonces que nuestros sistemas procesales son mixtos, con mayores o menores características de los modelos inquisitivo y acusatorio, y que, dependiendo cuál sea el que prevalezca, así será las garantías , derechos y principios procesales que se le reconozcan a las partes.

3.1 Concepto de sistema de persecución penal Mixto

El modelo procesal mixto o acusatorio formal, como se le conoce en España, (Llobet, 2005, T. I, p.91) se caracteriza por ser una mezcla de elementos y principios de los procesos acusatorio e inquisitivo.

Así, el sistema mixto y sus vicisitudes en cuanto a los derechos de las partes, va a variar según el balance que entre ambos sistemas se presente. Indica Aldana (1985-1986, p. 322)

> Por supuesto que el juicio sobre la bondad de este sistema depende, en cada caso concreto, de la adopción de los elementos positivos de los sistemas acusatorio e inquisitivo. Con su instauración se garantizó en mejor medida el derecho de defensa al ser eliminada la tortura y establecida la intervención del defensor y, de otra parte, con la actuación **ex officio** se aceptó que el hecho punible ofende primordialmente valores e intereses sociales

Entonces, con vista en la cita anterior, puede afirmarse que en la mayoría de los sistemas de corte mixto, se da mayor respeto al derecho de defensa, se reconoce con ello el carácter de sujeto procesal del imputado y se omite la tortura como medio de extraer alguna declaración del imputado. La actuación de oficio, atribuida al Ministerio Fiscal, como ejecutor de la acción penal, previene en cierta manera, y dependiendo de los límites que el proceso de al juez penal, que haya alguna intervención en la investigación por parte del juez, en atención al principio de imparcialidad, que además sustenta el ejercicio del derecho de defensa.

Una acusación inicial es la que pone en marcha al proceso mixto. Esta pieza procesal proviene de un representante del estado y ha de contener los hechos de los que se atribuye comisión al acusado. De ahí la necesidad de la separación entre juez y fiscal, ya que el juez que tendrá ingerencia sobre la definición del proceso, de debe, en principio, ser el detentor de la acción.

Esta características fueron heredadas a este modelo procesal, conforme con Leone (1963,T.I p. 27), de la siguiente manera: “el proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal. Del proceso acusatorio deriva la necesidad de la separación entre juez y acusador (y de ahí el principio *ne procedat iudex ex officio*); del proceso inquisitorio deriva la atribución del poder de acusación a un órgano estatal (ministerio público)”, órgano que representa también a la víctima y sus intereses, y que ha de someterse a los lineamientos constitucionales y legales en el ejercicio de su función.

Dos etapas presenta el acusatorio formal: la etapa de instrucción o de investigación y la etapa de debate. En la primera, se llevan a cabo las pesquisas necesarias para que el sumario tenga pruebas que sostengan la acusación, y la defensa, quien tiene su cuota de participación, aportará también las pruebas que sean necesarias para mantener su versión de los hechos. En la etapa de debate, juicio o plenario, las partes, de manera oral y con amparo en el principio de contradicción, escucharán y cuestionarán la prueba y expondrán ante el juez sus alegatos, siendo éste último quien de un veredicto final. Tal como indica Llobet (2005, T. I, p. 92) y en igual sentido Leone (1963,T.I p. 27),

> Uno de los aspectos fundamentales del procedimiento mixto es la combinación de aspectos del procedimiento inquisitivo y mixto, de modo que la etapa de instrucción se rige por caracteres predominantemente inquisitivos, siendo limitadamente contradictoria y secreta para terceros, mientras la etapa de juicio es conforme a caracteres principalmente acusatorios, rigiendo la oralidad, la publicidad y la inmediación, lo mismo que el contradictorio

resultando el proceso una efectiva muestra de los aspectos positivos de ambos modelos ya vistas.

Varias críticas ha recibido este régimen procesal mixto, sobre todo, cuando el énfasis en el modelo inquisitivo sobrepasa las garantías que otorga el proceso acusatorio. Por ejemplo, el papel preponderante del juez en la fase investigación, su intromisión con las pruebas y con las actuaciones del Ministerio Público, así como las limitaciones a la defensa, son algunos de los rasgos inquisitivos que se mantienen.

Alvarado y Morales (2004, p. 47), como referencia, apuntan, sobre el papel del juez que

> Podemos percatarnos que aún en los sistemas denominados mixtos, nacidos con la revolución francesa, la figura del juez sigue tratando de sobresalir, pues se le conceden amplias facultades en la primera fase del proceso, la fase de investigación, la cual queda prácticamente en sus manos, mediante la figura del juez instructor, donde el MP (sic), órgano encargado de la persecución penal, era una figura francamente opacada ante los poderes investigativos y directivos del juez. En este panorama, no podía hablarse de un plano de igualdad en cuanto a los sujetos procesales

Un claro ejemplo es el actual Código Procesal Penal de Costa Rica, en el que, en la fase de investigación, el juez penal goza de facultades como ordenar recibir prueba para al prisión preventiva conforme al artículo 242, declararse disconforme con la desestimación que solicita el Ministerio Público, según el numeral 302 o proceder con el registro de vehículos, con base en el artículo 190, todas estas funciones que deberían dejarse a la venia del ente investigador. No en vano, dice Leone (1963, T.I p. 27), tratándose de estas atribuciones judiciales que "la selección de la pruebas, la adquisición y la crítica de ellas, quedan a la libre facultad del juez: nos hallamos, pues, en el campo del sistema inquisitorio".

El proceso penal de Costa Rica ha variado notoriamente entre 1973, año en el que entra en vigencia el Código de procedimientos Penales, con un marcado énfasis inquisitivo en la fase de instrucción y la fase de debate, y el Código Procesal Penal de 1998 ya citado, el que innova con un acento acusatorio en sus fases de investigación, intermedia y la fase de juicio. Pero aún este último es de orden mixto, pues hay resabios inquisitivos en la función del juez y que afectan el ejercicio del derecho de defensa, que no han sido superados. Estos, en cuanto a la etapa de debate, serán tratados más adelante.

3.2 El derecho de Defensa en el sistema Mixto

El derecho de defensa evoluciona al aplicarse en el ejercicio del proceso penal mixto.

Con el advenimiento de las normas sobre derechos humanos nacionales e internacionales, así cómo la adopción de los ideales acusatorios en que el imputado es sujeto de derechos y parte en el proceso y no objeto de prueba, se revelan entonces los alcances del derecho irrenunciable del acusado de ser intimado de los hechos que se le acusan, de responder a los mismos o guardar silencio, de tener acceso a la prueba y ofrecer la prueba de descargo, así como de contar con patrocinio letrado a lo largo de todo el proceso.

La imparcialidad del juez que resuelva sobre la causa, además, garantiza no sólo el cumplimiento cabal de los anteriores supuestos, sino que permite la contradicción abierta y clara con el ente fiscal en igualdad de condiciones. "Y es que para que la justicia se aplique sin discriminación, en forma igualitaria y objetiva,- recalcan Alvarado y Morales (2004 p. 47) - se requiere de un órgano jurisdiccional imparcial, cuya única misión debe ser la de juzgar, desde luego que en un proceso donde las parte se hallen en un plano de igualdad entre sí y ante aquel".

En igual sentido, para Jiménez (2002, p. 71),

> la imparcialidad es, pues, una posición orgánica o estructural de un juez o un tribunal, pero sobre todo y ante todo, la imparcialidad es una imagen y un estado de ánimo del juzgador; una actitud , que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte

Entonces, el juez imparcial es necesario para mantener y sostener la igualdad de las partes en la participación en el proceso, lo que referido a la defensa, implica la posibilidad de ejercer sus derechos y facultades de manera amplia y libre, contando con la seguridad de una sentencia que irá ajustada a la prueba vista en el proceso y a los argumentos de las partes, y no al los intereses particulares del juzgador.

El derecho a conocer la acusación y el ejercicio de la defensa en torno a responder la misma, es quizá la consecuencia más notable de los aportes del acusatorio, ya que, cómo indica Armenta (1995, p.31) "la esencia del acusatorio reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa", la cual debe indicar la prueba en que se basa, y ser puesta al alcance del imputado y su representado lo antes posible.

Defensor y su representado deben ser puestos en contacto desde que inicia el sumario y tener conocimiento de los avatares del mismo desde ese momento, ya que la defensa ha de alcanzar cada detalle y poder rebatir el mismo en el momento procesal oportuno. Armenta (1995, p. 71) recalca que "exigencias propias de la defensa reclaman el derecho a ser informado de la iniciación de un proceso penal desde el momento de la detención e incoación del proceso", para poder como se ha indicado ejecutar el derecho de defensa en todos sus alcances.

De las variaciones en el desarrollo legal del derecho de defensa entre el Código de Procedimientos Penales de 1973 y el Código Procesal Penal de 1998, cabe resaltar que se garantiza, en el CPP de 1998, la participación del defensor técnico desde los inicios de la investigación y en todos los actos de esta, conforme con el artículo 13 de este cuerpo legal. Esto, con el ánimo de que el posible imputado tenga presencia y pueda por ello refutar, contradecir, cuestionar o colaborar con toda la investigación, pasando por la etapa intermedia, y si es del caso, hasta debate.

El solo hecho de garantizar la defensa técnica desde el inicio del proceso, refleja una superación de la visión inquisitiva de secreto en esta etapa incluso para las partes, y de la imposibilidad de que el acusado supiera, hasta que el juez lo conviniera, qué cargos debía afrontar. Hoy por hoy, el derecho a la intimación opera desde los actos de investigación, lo que permite que con toda libertad al acusado y a su defensor cuestionar estas acusaciones y sustentar con pruebas de descargo su posición frente a la misma, dentro de un plano de igualdad de armas.

Para finalizar, la respuesta del proceso mixto al derecho de defensa es positiva, pues en la legislación costarricense ha ganado auge y se enfila a un respeto total de este derecho fundamental.

Capítulo IV

El derecho de Defensa como un Derecho Fundamental en la Jurisprudencia

Para dar base a la necesidad de disminuir e incluso eliminar los resabios inquisitivos que contiene el CPP en la etapa de juicio, dada su afectación al derecho de defensa, es necesario analizar la posición de este último como un derecho fundamental en la jurisprudencia, para luego determinar, en un capítulo posterior, el daño que los institutos de corte inquisitivo ocasionan en la etapa de juicio.

Siendo que son la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos las normas de mayor rango en cuanto a derechos fundamentales, los criterios de las dos Cortes encargadas de velar por los mismos, la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serán entonces el punto de referencia en cuanto al Derecho de Defensa como derecho inherente a la naturaleza humana. Los cánones que se verán a continuación revelan los alcances reales del derecho de defensa, de lo que deriva irremediablemente, las múltiples formas en que el mismo se puede ver violentado.

1. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es establecida como "*una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*" (Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art.1) en octubre de 1979, por acuerdo 448 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Desde entonces y hasta ahora, las resoluciones de este ente son consideradas como fuente última de consulta en resolución de los conflictos que le son puestos en conocimiento, por lo que la jurisprudencia de la Corte se ha convertido en una guía para el estudio, aplicación y reconocimiento de los Derechos Humanos en América Latina y en Costa Rica.

Las Garantías Procesales no son la excepción a los puntos que conoce la Corte. Si bien la justicia debe aplicarse conforme con los ordenamientos jurídicos internos de cada país, el proceso por el cual se define o no la responsabilidad de un sujeto ante los cargos presentados en su contra, debe ir acorde con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, para dar fiel respeto a la dignidad del acusado.

El Derecho de Defensa es un derecho fundamental y una de las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención, y sobre la posición de la Corte al respecto de este es que versará este punto.

1.1 El Derecho de Defensa como Derecho Fundamental

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece lo siguiente:

> 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:
>
> a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
>
> b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
>
> c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
>
> d) 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;
>
> e) 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 nombrare 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, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
>
> g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y
>
> h) derecho de recurrir del fallo ante 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.

Este numeral contempla los alcances de los derechos del imputado frente a los procesos que se instauren en su contra, o al menos en los que sea objeto de investigación por parte del aparato estatal. Señala Albanese (2000, p. 22) que

> el artículo 8 de la Convención Americana constituye una vía apta para el ejercicio eficaz del derecho a la jurisdicción, una garantía de un buen proceso, sea civil, penal, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, una garantía de una buena administración de justicia, la condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada de las personas cuyos derechos u obligaciones se encuentran a consideración de la justicia

Tratándose del proceso penal costarricense, el derecho de defensa, cómo se ha venido señalando, tiene preponderancia por tratarse de un proceso en el cual se apuesta la libertad del imputado, así como otros derechos fundamentales tales como la propiedad privada y la intimidad. En atención a la dignidad humana, la cual sostiene la naturaleza de ser humano, que este derecho es reconocido como inherente a la condición de persona.

Por estas razones, es que resulta importante hacer las analogías correspondientes con el derecho de defensa y sus limitaciones en el proceso costarricense, con el ánimo de denunciarlas usando como base la jurisprudencia de este tribunal internacional.

Debe acotarse además, que una de las garantías principales para el ejercicio del derecho de defensa es la imparcialidad judicial, como lo establece el artículo 8.1 de la Convención, siendo que el juez a cargo del proceso debe mantener una posición objetiva y atenta a las partes. Tomando como tesis de principio este numeral, puede afirmarse entonces que la naturaleza del juez que respeta el derecho de defensa se aleja de los principios inquisitivos, puesto que no ha creado u emitido opinión alguna sobre lo que se le ha puesto en conocimiento. No es por lo tanto investigador ni interfiere en las tesis que las partes, la defensa en específico, le exponen, sino que, por el contrario, y en atención al artículo 8.1, es imparcial.

1.2 Alcances del Derecho de Defensa para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A efectos de revelar de la manera más concreta los alcances del juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en cuanto al Derecho de Defensa, se hará un análisis de algunas sentencias dictadas por este Tribunal en las que expone, claro está, lo expresado en cuanto al Derecho de Defensa: esto sin que implique de manera alguna, una merma en la importancia de los otros derechos fundamentales examinados, que eventualmente, habrán de ser objeto de otro estudio similar. Es importante recalcar que las interpretaciones de la CIDH sobre el derecho de defensa permiten comprender la amplitud del mismo, lo que sobrepasa la letra del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y es fuente obligatoria de consulta para la interpretación de la letra de las normas constitucionales de la Constitución Política de Costa Rica.

1.2.1 Caso Cantoral Benavides: Sentencia del 18 de agosto de 2000

El caso de Luis Alberto Cantoral Benavides, en contra del Estado de Perú, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Corte) el 18 de agosto del año 2000, resulta una exaltación a los derechos del imputado contemplados en los artículos 1.1,

2, 5, 7, 8, 9, 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

Se presenta a continuación un breve resumen de los hechos que se tuvieron por probados por la Corte a efectos de dictar sentencia, para luego proceder a develar la interpretación que la CIDH hace del Derecho de Defensa.

Con base en la prueba testimonial y documental aportada por las partes relacionadas en el caso, la CIDH tuvo por probados los siguientes hechos:

El día seis de marzo de 1993, fecha para la cual se encontraba vigente en el Departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, un estado de emergencia y suspensión de las garantías contempladas en los incisos 7, 9, 10 y 20.g) del artículo 2 de la Constitución peruana que regía en ese momento; Luis Alberto Cantoral Benavides, quien no tenía antecedentes penales, "fue detenido, sin una orden judicial expedida por una autoridad competente, por agentes de la DINCOTE, en su domicilio ubicado en la calle Jirón Obreros 566, 4to. piso “A” del distrito La Victoria, Ciudad de Lima, Perú"; (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.a). La intención de DINCOTE era detener a su hermano José Antonio, pero como no se encontraba, detuvieron al segundo. " El hermano mellizo de Luis Alberto Cantoral Benavides, Luis Fernando, acompañó voluntariamente a su hermano a las instalaciones de la policía y fue posteriormente detenido y condenado a 25 años de prisión." (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63. c).

Una vez detenido, Cantoral Benavides "estuvo retenido administrativamente desde el seis de febrero de 1993 en la DINCOTE, lugar donde fue mantenido incomunicado durante ocho o nueve días, y sólo 15 días después de su detención tuvo acceso a un abogado"(CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.e). Durante este período, fue objeto, de tratos inhumanos, crueles y degradantes, tales como golpes, torturas psicológicas con el fin de que se auto inculpara y, tal y como quedara demostrado, "también estuvo recluido junto con animales, en la Sección Veterinaria de la Marina, en la base militar Las Palmas"(CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.f).

No recibió atención médica adecuada y posteriormente el mismo

> fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación, vestido con un traje a rayas como los que usan los presos, como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso... y como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado"(CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.i).

El 25 de febrero del año 1993, se abrió contra Cantoral Benavides expediente por el delito de traición a la patria; el mismo fue procesado por el fuero militar, proceso en el cual fue absuelto el cinco de marzo de ese año, pero el Consejo Especial de Guerra de la Marina ordenó remitir el expediente al Fiscal Provincial en lo penal del fuero común a fin de que procediera conforme a sus atribuciones. Esta resolución fue impugnada por el imputado.

El once de agosto de 1993, " el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar para Asuntos de Traición a la Patria lo absolvió del delito de traición a la patria y dispuso su inmediata libertad" (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63. ll. iii). El 25 de agosto se puso por error en libertad al hermano de Cantoral Benavides y no a su persona, ante lo cual se presentó un recurso de Hábeas Corpus que se declaró infundado.

El Fiscal General Adjunto Especial interpuso un recurso de revisión extraordinario, ante el cual el 24 se septiembre "la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, ratificó la absolución de Luis Alberto Cantoral Benavides, pero ordenó la remisión de los actuados al fuero común para que fuera juzgado por el delito de terrorismo"(CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.ll. iv).

El siete de octubre del año 1993, se dio inicio al proceso en el fuero ordinario por el delito de terrorismo, proceso en el cual en sentencia del 10 de octubre de 1994, " la Sala Penal Especializada de la Corte Superior de Justicia de Lima lo condenó a 20 años de pena privativa de libertad por el delito de terrorismo" (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.ñ. iii). Dicha sentencia fue recurrida por los peticionarios y fue confirmada.

En ambas jurisdicciones el señor Luis Cantoral fue juzgado por “jueces sin rostro”, en procesos sumarios.

En el proceso del fuero militar,

> se dificultó a la defensa el acceso al expediente, pues contó sólo con una tarde para su estudio y para preparar sus alegatos; no se le permitió entrevistarse libremente y en privado con su defendido; y se le concedieron sólo 15 minutos para su defensa oral; algunas de las actuaciones no le fueron notificadas ni al defensor ni a Luis Alberto Cantoral Benavides; tuvo dificultades para acceder a la prueba y controvertirla; las audiencias se realizaban en los establecimientos militares o penitenciarios, sin acceso al público"(Sentencia Cantoral Benavides, pto.63.p).

Así mismo, se tuvo probado que "durante el proceso ante el fuero común por el delito de terrorismo, no obstante que pudo Cantoral Benavides designar un abogado de su elección, a éste se le dificultó ejercer la defensa adecuadamente" (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto. 63.q).

Para efectos de su libertad, el 25 de junio de 1997, a Cantoral Benavides se le concedió el beneficio del indulto.

Durante el plazo de detención ininterrumpida que sufrió Luis Cantoral, entre el 6 de febrero de 1993 hasta el 25 de junio de 1997, no se podía interponer recursos de Hábeas Corpus en favor de las personas procesadas por los delitos de traición a la patria y terrorismo. A partir del 25 de noviembre de 1993, con la Ley No. 26.248, se permitió la interposición del recurso de Hábeas Corpus para dichos delitos salvo que se tratase de asuntos en trámite o ya resueltos, como era el caso de Luis Cantoral. Durante el primer año de reclusión, este estuvo encarcelado bajo un régimen de aislamiento celular continuo, en hacinamiento, dentro de una celda reducida, sin ventilación ni luz natural, en la que debía permanecer 23 horas y media –con sólo media hora diaria para salir a un patio.

Tenía un régimen de visitas restringido a una vez al mes para visita de familiar directa, sin contacto físico entre ellos y tenía restricciones para realizar trabajo físico o intelectual. No tuvo

oportunidad de comunicarse irrestrictamente con sus defensores, analizar los expedientes y preparar sus alegatos para ejercer su defensa.

Una vez vistos de manera resumida los hechos probados en sentencia para la Corte Interamericana, la misma estableció que se dio una flagrante violación al artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos, en cuanto a las garantías judiciales del encausado.

Veamos los puntos que valorara la Corte en este caso en cuanto al Derecho de Defensa :

El inc. 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos remite al Principio del Juez Natural, que implica el derecho de ser oído en un tiempo prudencial y conforme con las garantías de ley, por un juez imparcial, sobre la acusación (en este caso) penal, que se le esté estableciendo en su contra.

El principio de Juez Natural tiene como fin, conforme Binder (1993, p.140), "preservar la independencia del juez, su imparcialidad, la máxima posibilidad de un juzgamiento real del caso...", lo que conlleva a que sea contraria al mismo la práctica del "juez sin rostro", pues esto implica la aplicación de la ley por un juez que no es identificable, cuestionable en su imparcialidad y menos aún, destinado como juez por conocimiento de un caso específico.

En cuanto al caso Cantoral Benavides, la Corte resuelve que este no solo no fue atendido por un juez imparcial, sino que era un “juez sin rostro” y el juicio que se establece en su contra ante un tribunal militar, el cual no tiene competencia para juzgarlo, por ser el señor Cantoral un civil, violando el estado peruano claramente el principio de Juez Natural.

Señala la resolución que

> es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias... El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucede en el caso, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas

> causas. Al respecto la Corte ha dicho que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho de juez natural y, a *fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.112).

En este caso, además se nota que el juez militar no es independiente e imparcial porque la milicia combate a las fuerzas de la guerrilla pero a la vez las juzga. Al respecto, la Corte Interamericana señala, en el pto. 113 de esta sentencia que "en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y ocasional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales... debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles".

La analogía es válida para el caso del proceso penal de Costa Rica. Si bien no se cuenta con tribunales militares, dada la abolición del ejército en el artículo 12 de la Constitución Política de 1949, las consideraciones de la Corte en cuanto al Juez natural son aplicables, por analogía, en beneficio del imputado, cuando de la imparcialidad del juez se trata. De no ser el juez imparcial, se afecta el derecho de defensa en cuanto los alegatos presentados por el imputado y su defensa topan con limitaciones del juez de cualquier carácter, cuando el mismo debe en principio, ser objetivo. Esto, en relación con los numerales 352 y 355 del CPP, que permiten el interrogatorio del tribunal y la ordenanza de oficio de prueba en el debate, hacen ver, desde esta perspectiva, que se afecta el derecho defensa por permitirse legalmente la intromisión del juez en el debate. Aún cuando se proteja el derecho de defensa en la fase de debate, e incluso de considere que el Código Procesal Penal de 1996 tiene gran influencia de los principios del proceso acusatorio, cuando de la actuación del juez en debate se trata, la imparcialidad está doblegada en las normas 352 y 355 del Código, ya que el juez asume la investigación por su cuenta.

El artículo 3 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece el principio de Juez Natural de la siguiente manera: "Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la Ley". Este principio consagra la objetividad judicial en beneficio de las partes, y sobre todo, del imputado, ya que se garantiza la aplicación de la ley penal de forma justa e imparcial.

Sobre los medios adecuados para la preparación de la defensa, y parte trascendental en el ejercicio del Derecho de Defensa, el artículo 8.2 incisos c), d) y f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, refiere al derecho a tener los medios adecuados para la preparación de la defensa, derecho a elegir un abogado de su confianza y el derecho a tener acceso a los testigos a efectos de interrogarlos.

Al respecto de los principios contenidos en este artículo 8 y además del inciso c), que contempla el Derecho de Defensa comprendido en esencia como la concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (Convención Americana, art 8.c), se protegen los postulados de "Defensa Técnica y Material (inc.d): se le concede a todo imputado el derecho de defenderse personalmente (defensa material) o de ser asistido por un defensor de su elección, es decir por un letrado (defensa técnica) y de comunicarse libre y privadamente con él.

Habrá de entenderse que la defensa material podrá ser ejercida en forma exclusiva (sin que exista la técnica) siempre que el sujeto esté en condiciones de hacerlo en forma eficiente, de lo contrario, necesariamente deberá ser representado por un abogado. Si no se defendiere por sí mismo o no nombrare un defensor de su confianza, tendrá el derecho irrenunciable a que el Estado le provea de un defensor de oficio, como ya se explicara fielmente en el capítulo segundo. En el caso de estudio, para Cantoral Benavides y su abogado fue materialmente imposible preparar adecuadamente su defensa.

Se extrae de la resolución estudiada la siguiente situación: en el caso ventilado ante el fuero militar, se le asignó un abogado que no conocía, que vestía de militar, que no estuvo presente durante su declaración y con el cual no tuvo mayor contacto. Peor aún fue la situación con su defensa en la vía civil. Según la declaración rendida por su abogado en la audiencia oral ante la Corte, su labor se dificultó por razones tales como que a pesar del volumen inmenso del expediente solo se le concedió un día para estudiarlo, se le limitó el tiempo de su alegato oral a 15 minutos, no tenía privacidad alguna para hablar con su defendido, y al ser trasladado Luis Cantoral a otro centro penal, solo podía conversar con él a través de un vidrio grueso, a gritos y rodeado de otros abogados en igual situación.

El tiempo de entrevista entre ellos se limitaba a 15 minutos una o dos veces por semana. No se evacuaron las pericias que la defensa pidió sobre la prueba que incriminaba al acusado y no se podía interponer recurso alguno a favor de su imputado. A esto se debe sumar que al ser juzgado por “jueces sin rostro”, Cantoral y su abogado no podían saber quiénes eran estos juzgadores, a efectos de interponer recursos de recusación en su contra en caso de ser necesario.

Resuelve la Corte que tiene como probado que

> en el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor, b)el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DICONTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado incriminatorio; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojan los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso y c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o "sin rostro" por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa. (CIDH, Sentencia Cantoral Benavides, pto.127).

por lo que se concluye que se viola irremediablemente el derecho de defensa, con las consecuencias ya expuestas para el encartado.

Al reconocer la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el derecho de defensa tiene estos alcances, podemos dar por sentado que ejercitar la defensa en un proceso no es solo contar con un abogado y ver el expediente, sino que implica toda un conglomerado de acciones posibles y atendibles sin limitación, más que aquellas establecidas en la legislación, que no atenten contra los derechos fundamentales.

Es por ello indispensable para el ejercicio de la defensa la comunicación abierta, clara, privada e informada entre defensa técnica y material, abogado e imputado, sin restricción de tiempo alguno. Además, el ejercicio de una defensa en la que se que haya tenido acceso a los legajos de prueba documental y testimonial, así como la garantía de escuchar e interrogar a los

testigos, permite analizar el caso en forma total y preparar alegatos útiles a los intereses del encausado. No debe perderse de vista que, cuando el acusado está privado de libertad, como es la razón de Cantoral, el Estado o sus instituciones no deben limitar el contacto entre el imputado y su defensor, como tampoco el acceso del primero a la prueba.

En igual sentido, la prueba que desee evacuar la defensa debe ser atendida en su totalidad, escuchada y estudiada por la autoridad ante quien se realiza el proceso y durante este, se debe dar total libertad probatoria a las partes.

Está por demás indicar que corresponde al estado la garantía de este derecho, por lo que ha de proveerse patrocinio letrado al acusado que no haya traído por sus medios un defensor de su confianza, y, el defensor de oficio, igualmente debe lealtad a su representado y no debe estar sujeto a presiones externas que afecten su labor y su relación con su representado

Por último, Cantoral Benavides no gozó, a juicio de la Corte, del derecho de abstención y el derecho a no declarar bajo coacción, protegidos en el artículo 8, incisos.2. g y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que fue amenazado y se le realizaron torturas a fin de obligarlo a autoinculparse, lo que además es parte de la tortura psicológica.

Esto contrarresta sin duda no solo el derecho a abstenerse de declarar, sino que obviamente es contrario al derecho de defensa técnica y material, pues la estrategia que imputado y abogado tengan para llevar el caso, se verá afectada con la obligación de confesión bajo tortura, amenaza o cualquier otra circunstancia que implique maltrato físico o psicológico.

En suma, se puede afirmar que la resolución del caso Cantoral Benavides deja por sentado la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a los contenidos del derecho de defensa, en aplicación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La importancia de esta resolución estriba en que la misma es un antecedente jurisprudencial de este tribunal de Derechos Humanos, que ha de ser acatada en su contenido no solo por el país sentenciado, sino por aquellos que han reconocido la jurisdicción de la Corte.

1.2.2 Caso Castillo Paez: Sentencia del 3 de noviembre de 1997

El caso Castillo Paez se resume de la siguiente manera, según los hechos presentados ante la CIDH y resueltos en sentencia del 3 de noviembre de 1997:

El día 21 de octubre de 1990, Ernesto Rafael Castillo Páez, ciudadano peruano, fue detenido por miembros de la PNP-PG, de lo cual recibe noticia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 1990. El mismo se encuentra desaparecido hasta la fecha. (CIDH, Sentencia Castillo Paez, pto. 3)

El 18 de diciembre de 1992 el Perú remitió a la Comisión el Oficio No. 033-92-P-CS de la Corte Suprema de la República, el cual contenía la Resolución Suprema de la Segunda Sala Penal de ese Tribunal de 7 de febrero de 1991, en la cual, según la Comisión, *"se p*uso *fin al proceso judicial relacionado con la detención y posterior desaparición del señor Castillo Páez* (CIDH, Sentencia Castillo Paez, pto. 6),

Sobre la protección y alcances del derecho de defensa, el mismo fue invocado por la Comisión de Derechos Humanos ante la CIDH, a favor de la familia de Castillo Paez, ya que "la Comisión consideró en su demanda que el Estado había violado el artículo 8 de la Convención en "*cuanto a la garantía de la víctima y sus familiares de contar con la defensa de sus derechos a través de un abogado*". (Sentencia Castillo Paez, pto. 75), puesto que, como se ha señalado, el patrocinio letrado para interponer el recurso de Hábeas Corpus y el proceso penal, no fue respetado al máximo.

El abogado de la familia del imputado Castillo Paez, el Dr. Zúñiga Paz, fue, como indicara la Comisión, objeto de atentados contra su vida por las defensas que éste ejercía:

> Al respecto, la misma Comisión señaló que se produjo un atentado en contra del abogado de los familiares de la víctima, el doctor Augusto Zúñiga Paz, que lo obligó a apartarse de la defensa y ser reemplazado por el equipo jurídico del Instituto de Defensa Legal de la Comisión de Derechos Humanos del Perú. (CIDH, Caso Castillo Paez, pto.76)

Este atentado, sin duda afecta la representación letrada de la familia de la víctima, puesto que el defensor hubo de abandonar el caso e incluso salir del Perú:

El citado abogado, Augusto Zúñiga Paz, en su declaración ante esta Corte, afirmó que el 15 de junio de 1991 (15 de marzo de 1991 de acuerdo con el expediente) sufrió un atentado por medio de un sobre con explosivos que le causó serias lesiones y que este atentado se debió a la defensa que hacía de varios casos, entre ellos el relativo a la detención del señor Castillo Páez, por lo que tuvo que apartarse de la representación legal de sus familiares e inclusive se vio obligado a abandonar el país y reside actualmente en Suecia (*supra*, párr. 30.e.). (Caso Castillo Paez, pto.77)

Ante las demandas de la Comisión por que se declarara el irrespeto al derecho de defensa en virtud de los tratos y amenazas que recibiera el abogado defensor, la CIDH resuelve lo siguiente (Caso Castillo Paez, ptos.78 y 79)

> 78.Lo que no queda claro, ni existen evidencias, es que el citado atentado se produjera con el objeto de privar de defensa específicamente a los familiares de la víctima, puesto que el mismo testigo señaló que se ocupaba de asistir a varias personas, e inclusive intervenía en una acusación en contra del ex Presidente del Perú, señor Allan García.
>
> 79. Por otra parte consta de autos que los familiares de la víctima contaron en este caso con asistencia legal para promover el hábeas corpus y el juicio penal respectivo, por lo que no se privó a dichos familiares de la defensa legal, aún cuando tuvieron dificultades para su ejercicio; dificultades [no relacionadas directamente con este caso] que, la Corte estima, no llegan a constituir una violación del artículo 8 de la Convención, ya que otros abogados asumieron la defensa.

En contraste con el caso Cantoral Benavides, y en atención al artículo 8 de la CADH, es propio señalar que la CIDH omite hacer un análisis de la afectación del derecho defensa adecuada, cuando es el atentado contra la vida del abogado de la familia Castillo Paez lo que lo hace dejar de lado el caso y que otros letrados lo asuman posteriormente. Aún cuando siempre

hubo asistencia de juristas capacitados, quien inicialmente fuera el abogado de confianza de la familia y representante de Ernesto Castillo, tuvo que ser sustituido no por elección de la familia, como lo apuntan los contenidos del artículo 8 de la CADH, sino porque el mismo se retira del caso ya que peligraba su vida.

Si bien la Comisión no logra demostrar que las presiones que se dan sobre el defensor representante de los familiares de Castillo proviene del Estado peruano o de algún ente del mismo, resulta prudente al menos analizar el punto que se plantea en la demanda sobre el ejercicio del Derecho de Defensa. La defensa técnica es un derecho fundamental, el cual está reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Este, siendo que ejerce en conjunto con un letrado en derecho, un abogado, debe respetarse en toda su amplitud: comunicación con el abogado, acceso de ambos a las probanzas, libertad probatoria, conocimiento de los cargas para que el abogado prepare la defensa y tiempo suficiente para, en general, atender la preparación de la estrategia de defensa. Cuando se limita de alguna manera las acciones profesionales del abogado que representa al acusado, se coacciona el derecho de éste último, pues la asesoría que se recibe del profesional será mínima o ninguna.

No siempre se traducirán estas limitaciones en amenazas al jurista. Intervenciones de las autoridades en la labor de la defensa técnica, como puede ser el caso del juez, impiden que se represente debidamente al procesado. Cabe aquí entonces considerar que los preceptos del Código Procesal Penal costarricense de los artículos 347, 352 y 355 y pueden ser la puerta de entrada para que el juez intervenga la acción de la defensa, ya que se violentaría la estrategia de defensa al admitir por parte de éste nuevas imputaciones en debate (art. 347) y se limitaría con la intervención del tribunal sobre la prueba que se ha aportado (arts. 352 y 355), buscando el juez nueva prueba o interrogando a los testigos a su conveniencia, cuando es precisamente "conveniencia" lo que un juzgador imparcial no debe presentar en el proceso penal.

1.2.3 Caso Suárez Rosero: Sentencia del 12 de noviembre de 1997

El caso Suárez Rosero contra el Estado de Ecuador, resulto por la CIDH en sentencia del 12 de noviembre de 1997, consta de los siguientes hechos:

Rafael Iván Suárez Rosero fue arrestado el 23 de junio de 1992, por agentes de la Policía Nacional del Ecuador, porque se sospechaba en su contra la participación en el delito de tráfico de drogas. Este fue detenido sin orden judicial, y el día de su detención se le tomó declaración sin la presencia de su abogado defensor. Hasta el día 23 de julio "el señor Suárez Rosero estuvo incomunicado en el Regimiento de Policía "Quito número dos", ubicado en la calle Montúfar y Manabí de la ciudad de Quito, en una húmeda y poco ventilada celda de cinco por tres metros, con otras dieciséis personas" (Caso Suárez Rosero, pto 34.d). Tras ser trasladado al Centro de Rehabilitación para Varones de Quito, se le incomunica por 5 días más.

Así, se tuvo por demostrado en sentencia que

> durante el período total de su incomunicación, del 23 de junio hasta el 28 de julio de 1992, no se permitió al señor Suárez Rosero recibir visitas de su familia o comunicarse con un abogado. Durante este lapso, su único contacto con sus familiares se limitó al cambio de ropa y sucintas notas manuscritas, las cuales eran revisadas por el personal de seguridad (Caso Suárez Rosero, pto. 34 g)

Una vez levantada la incomunicación, el señor Suárez Rosero pudo tener contacto con su familia y abogado en los días de visita. "Las entrevistas con su abogado se realizaron en presencia de oficiales de la policía" (Caso Suárez Rosero, pto 34 h.)

Según los hechos probados, es hasta "el 12 de agosto de 1992 el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha dictó auto de prisión preventiva al señor Suárez Rosero" (Caso Suárez Rosero, pto. 34i.), el cual fue impugnado por el imputado el 14 de septiembre de 1992 y el 21 de enero de 1993, resueltas y rechazadas hasta el 26 de enero de 1994 (pto. 34 q) además de un Recurso de Hábeas Corpus presentado el 29 de marzo de 1993, rechazado el el 10 de junio de 1994 (pto. 34r)

Se le otorga libertad a Rafael Suárez Rosero el 16 de abril de 1996 la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito (pto 34 w) y se emite sentencia en su contra de la Corte Superior de Justicia de Quito, el de 9 de septiembre de 1996 (pto. 34x).

En este caso, la CIDH analiza entre otros puntos, el respeto al Principio de Inocencia, entre los puntos 76 a 78 de la sentencia. Sobre el derecho de defensa en específico, a partir del

pto. 79 se hace referencia a la afectación que sufre el mismo dada la incomunicación que al inicio de su detención padeciera el imputado. Sobre esto resolvió la Corte lo siguiente:

Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.**c**, 8.2.**d** y 8.2.**e** de la Convención Americana. (Caso Suárez Rosero, pto.83)

Reconoce la Corte en este párrafo que el derecho de defensa, además de la elección de defensor o el que se le provea patrocinio letrado por parte del Estado, implica además una comunicación libre, espontánea y privada con su abogado para preparar su defensa. Sin la fluidez de la comunicación, imputado y defensor no tienen oportunidad de intercambiar sus impresiones sobre el proceso, adecuar la defensa técnica y la defensa material, preparar la prueba, etc. La presencia policial en las entrevistas, la comunicación por medio de notas y la restricción a las visitas del abogado al imputado detenido sólo los días de visita, representan sin duda francas violaciones al derecho de defensa.

1.2.4 Caso Castillo Petruzzi y otros: Sentencia del 30 de mayo de 1999

El caso de Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi y 3 ciudadanos chilenos más, contra el Estado Peruano, se desarrolla de la siguiente manera:

En la relación de hechos probados de la sentencia del 30 de mayo de 1999, la CIDH indica que

> Durante el operativo denominado El Alacrán, llevado a cabo por la DINCOTE los días 14 y 15 de octubre de 1993, fueron detenidas las siguientes personas: Lautaro Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdez, ambos en la cuadra 22 de la Av. Las Magnolias, San Isidro; María Concepción Pincheira Sáez, en la calle Vesalio No. 716, San Borja; y Jaime Francisco Castillo Petruzzi, en la calle "Mz-A-20" de la Urbanización La Aurora-Surquillo; todos ellos en la ciudad de Lima (CIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia del 30 de mayo de 1999, pto. 86.4)

Al momento de su detención, en regía en el Estado de Lima y en la Provincia del Callao

> un estado de emergencia y de suspensión de las garantías contempladas en los incisos 7 (inviolabilidad de domicilio), 9 (derecho de tránsito), 10 (derecho de reunión) y 20.g) (detención y puesta a la orden de un juez) del artículo 2 de la Constitución Política peruana vigente en la época; el control del orden interno en las zonas de emergencia había sido asumido por un Comando Político Militar; el estado de emergencia se mantuvo durante todo el período en el que se siguió proceso a las presuntas víctimas (CIDH, Caso castillo Petruzzi, pto 86.5)

No se permitía, por decretos de ley, a los detenidos contar con patrocinio letrado hasta tanto rindieran su declaración (pto.86.6), y una vez nombrados os defensores de oficio, los imputados se vieron privados de su derecho de entrevistarse en privado con sus abogados entes de declarar en el Proceso Militar y después de ello (véase puntos 86.16.a, 86.28, 86.30.a, 86.33 y 86.46.a de Caso Castillo Petruzzi); fueron obligados a dar su declaración amordazados y encapuchados (ptos. 86.16.c y 86.30.b); no tuvieron ellos o sus abogados acceso a las pruebas de cargo o a interrogar los testigos en su contra (ptos. 86.16.c, 86.30.c, 86.46.a); sus defensores fueron intimidados en virtud de la función de defensa que realizaban (ptos. 86.16.e y 86.30.c) y los letrados, además, fueron limitados en cuanto al acceso al expediente en tiempo y forma (ptos. 86.20, 86.29 y 86.48)

Todos los acusados, señala la Corte,

> han permanecido en privación de libertad en forma ininterrumpida hasta la fecha, los tres primeros desde el 14 de octubre de 1993 y el último desde el 15 de octubre del mismo año. Durante el primer año de reclusión se les impuso un régimen de aislamiento celular continuo, dentro de una celda muy reducida, sin ventilación ni luz natural, con media hora de salida de su celda al día y con un régimen de visitas sumamente restringido. Actualmente se encuentran recluidos en el Establecimiento Penal de Yanamayo (Caso Castillo Petruzzi y otros, pto. 86.12)

Sobre los alcances del derecho de defensa, la Corte, lo mismo que en el caso Cantoral Benavides, ha valorado como violatorio al derecho de defensa la falta de Juez natural imparcial,

por darse juzgamiento de civiles ante tribunales militares y jueces “sin rostro”. Refiriéndose al juzgamiento en el Fuero militar, dice la resolución que

> El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori,* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. (Castillo Petruzzi y otros, pto. 128)

Además, conforme con los puntos 129, 130 y 131 de la sentencia se asegura la Corte de validar el derecho a ser juzgado dentro de los límites de la legalidad y por jueces ordinarios, imparciales, independientes, competentes y con rostro, con el ánimo de que el imputado tenga garantizado el respeto al derecho al debido proceso y a cuestionar a la autoridad judicial que lo somete al proceso. Nuevamente, la Corte hace hincapié en la importancia que la presencia de un juez imparcial tiene para el ejercicio de los derechos del acusado, especialmente del poder ejercer su defensa a plenitud. Cómo se viera en la Sentencia Cantoral Benavides, la imparcialidad es la que garantiza objetividad en el fallo del juez, y a falta de esta se obtienen procesos en que el acusado es condenado en la psique del juez, y se cumple con el proceso solo por formalidad.

Sobre la violación al articulo 8.2.b y 8.2.c, en cuanto a la oportunidad y medios adecuados para la preparación de la defensa, en este caso, y dadas las limitaciones con que la parte acusada encontró en el desarrollo del proceso, se resuelve que

> la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. (Castillo Petruzzi, pto.141)

Es así como queda establecido, a criterio de la CIDH, que el derecho de preparar la defensa no es solo formal, sino que se reconoce la materialidad de este derecho en cuanto se ejecute bajo las condiciones óptimas, como un adecuado acceso al expediente, intimación completa a los encartados para que sepan y refuten con prueba los cargos en su contra, etc .

El derecho a la elección de patrocinio letrado de art. 8.2, incluye, para la Corte, el derecho a la entrevista privada con sus abogados, al punto que "en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención" (Castillo Petruzzi, pto 148).

Cabe comentar que esta interpretación del contenido del artículo 8.2.d es amplia y aclara que la comunicación entre ambos, inculpado y abogado, no debe restringirse en forma alguna, para garantizar la realización de una defensa completa, coordinada y enfocada a los intereses de esta parte.

En los puntos 153 a 155 de la resolución, se estima por parte de la CIDH que se da una flagrante violación tanto de la legislación como de sus ejecutores, al artículo 8.2.f, por negarse el derecho a examinar la prueba de cargo por el defensor y el imputado:

> 153. La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado (*supra* 141), la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial…
>
> La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Es necesario el conocer la prueba de cargo y acceder a ella para preparar una defensa adecuada. Sin conocer las probanzas que constan contra el acusado, no es posible para éste o su defensor contraatacar los hechos que se imputan y su fundamento, quedando la defensa desarmada ante la impugnación que se le hace.

1.2.5 Caso Urrutia García: Sentencia del 27 de noviembre de 2003.

Maritza Urrutia, conforme al caso en que se presenta contra Guatemala,

> El 23 de julio de 1992, mientras caminaba por la 5ª avenida de la zona 13 de Ciudad de Guatemala, después de dejar a su hijo en la escuela, Maritza Urrutia fue secuestrada por tres hombres armados vestidos de civil, quienes la introdujeron por la fuerza en un carro blanco con vidrios polarizados, conducido por un cuarto individuo El día anterior, cuando realizaba ese mismo recorrido, Maritza Urrutia fue vigilada y seguida por hombres desconocidos (Caso Urrutia García, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, pto. 58.4)

Estando cautiva durante ocho días, y siendo objeto de agresión psicológica (pto. 58.6), la víctima

> fue forzada a prestar una declaración filmada donde se refirió a su participación, la de su ex esposo y la de su hermano en el Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP); justificó su desaparición como una manera de abandonar esa organización; agradeció a todas las personas que la habían ayudado a lograrlo; e instó a sus compañeros a dejar la lucha armada. Para filmar la declaración, Maritza Urrutia utilizó la ropa y el maquillaje que le fueron proporcionados y siguió un guión previamente redactado por sus secuestradores. Luego fue obligada a comunicarse con dos cadenas de televisión para solicitarles la transmisión del video que ella enviaría. El 29 de julio de 1992 el video fue transmitido a las 10:00 de la noche por dos noticieros de la televisión guatemalteca (CIDH, Sentencia Urrutia García, pto.58.8)

Tras ser liberada, y bajo amenazas en su contra y de su familia, Urrutia García confirma en conferencia de prensa el contenido del video (pto. 58.9), en que, como se ha indicado en los hechos probados, se autoinculpaba e involucraba a sus familiares, en la participación en acciones

paramilitares que se reprimían en Guatemala, dada la situación política que se vivía en ese momento.

Sobre el derecho de abstenerse a declarar y el derecho a que la declaración del imputado sea libre, muestra la Corte un avance en la interpretación del artículo 8.2 y 8.3 de la CADH. La víctima, en este caso, no se encontraba sometida a un proceso judicial, más en respuesta a presiones y amenazas en su contra, es que la misma accede a la filmación y posterior reafirmación, de un video en el cual acepta cargos que en la legislación guatemalteca de la época le podrían traer responsabilidad penal. Estos actos llevados a cabo en su contra, más el resultado de la confesión, han sido considerados por la Corte como violatorios a los numerales ya citados:

> 120. En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata.

Lo anterior conduce a considerar que en la especie se han violado los mencionados artículos 8.2 y 8.3 de la Convención, por cuanto la víctima fue obligada a autoinculparse en el marco de actuaciones capaces de acarrearle eventuales consecuencias procesales desfavorables. (Caso Urrutia García, Sentencia del 27 de noviembre de 2003)

Vemos como el derecho de abstención se ha de respetar aún cuando no haya cargos formales en contra del imputado, y que la espontaneidad de las manifestaciones de toda persona debe conservarse, aún sin proceso penal a la vista. El ejercicio del derecho de declarar es libre y a conveniencia de quien lo ejecute y con el conocimiento de que sus manifestaciones pueden acarrearle resultados contrarios a sus intereses procesales o extra procesales, cuando de acciones reprimidas penalmente se trata. Resulta admirable la interpretación extensiva que se hace por parte de la Corte Interamericana de este derecho, la cual deja amparado al sujeto en cuanto a su derecho de abstención aún fuera del proceso penal.

1.2.6 Caso Herrera Ulloa: Sentencia de 2 de Julio de 2004.

De singular importancia para la legislación y la práctica procesal penal de Costa Rica es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera Ulloa. Los alcances de la resolución impulsaron la reforma de la casación penal en el Código Procesal Penal, en protección del derecho a la doble instancia y al ser juzgado por un tribunal imparcial, conforme con el artículo 8.i de la Convención Americana de Derechos Humanos:

El Lic. Herrera Ulloa, periodista del diario de circulación nacional "La Nación", publica en este diario, entre el día 19 de mayo de 1995 y el día 16 de diciembre de 1995, una serie de artículos sobre el señor Félix Przedborski, delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica (OIEA), en los cuales se exponían, entre otras, informaciones sobre supuestos actos ilícitos se habían denunciado por "*Le Soir Illustré,"* con base en una investigación del diario *Financieel-Ekonomische Tijd (FET),* así como un oficio de la Procuraduría del Rey en la Ciudad de Liege, Bélgica, y reproducciones parciales sobre las investigaciones contra el señor Przedborski en diversos medios de comunicación escrita (véase CIDH, caso Herrera Ulloa, Sentencian del 2 de julio de 2004, ptos. 95.c a 95.j)

Dadas estas publicaciones, el señor Przedborski, interpuso dos Querellas contra el señor Herrera y Acción Civil Resarcitoria contra éste y el Periódico La Nación, ante el Tribunal de Juicio de San José, por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas. (Véase caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, pto. 95.p).

El primer fallo, que fuera absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio de San José en fecha de 29 de mayo de 1998, fue impugnado ante la Sala Tercera de Casación Penal, por recurso de casación interpuesto por el señor Przedborski y su abogado. El 7 de mayo de 1999, la Sala Tercera anula la sentencia del Tribunal de Juicio y ordena se realice nuevo debate. (Véase caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, ptos. 95.q a pto. 95 s).

Posteriormente, el 12 de noviembre de 1999, el Tribunal de Juicio de San José dicta sentencia condenatoria contra el señor Herrera Ulloa en lo penal, y contra éste y el Periódico La Nación en lo civil. (Véase caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, pto. 95.t y 95. u).

El 3 de diciembre de 1999 la defensa del señor Herrera Ulloa impugna ante la Sala Tercera, mediante recurso de casación, la sentencia condenatoria que se diera contra su patrocinado. Además, el imputado en conjunto con el apoderado de La Nación, interponen otro recurso de casación. (Véase caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, pto. 95.w).

Ambos recursos de casación fueron declarados sin lugar por la Sala Tercera, el 24 de enero de 2001. Los magistrados que conocieron y rechazaron estos Recursos de casación, fueron los mismos que declararan, en fecha de 7 de mayo de 1999, con lugar el recurso interpuesto por el señor Przedborski y su abogado. (Véase caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, pto. 95.x , 95.y y 95.s).

Para efectos de esta investigación, interesan especialmente las consideraciones de la CIDH sobre la imparcialidad del juez. Como se ha visto con anterioridad, la imparcialidad es esencial para poder ejercer el derecho de defensa, ya que un juez que tome partido en cualquier etapa del proceso, como se analizara previo en el proceso inquisitivo, juega un doble rol, que, envestido de la autoridad que le otorga el Estado, va a afectar a una de las partes, especialmente a la defensa y al imputado, ya que entonces contra estos se vuelca toda la fuerza punitiva del estado.

Por ello, y para evitar que jueces con criterio definido de previo entren a fallar asuntos que le son puestos en conocimiento, es que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial está contemplado en el artículo 8.1 de la Convención:

> 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, labora, fiscal, o de cualquier otro carácter.

Para el caso de la legislación costarricense, como se ampliará luego, la imparcialidad del juez está consagrada en el Código Procesal Penal en los artículos 6 y 180, como garantía de que, en el caso de la defensa, la misma será escuchada sin que haya en su contra criterio previo, y el fallo que se dictará será atento a lo expuesto por las partes, en igualdad de condiciones, en la fase del proceso en que se esté.

En el caso Herrera Ulloa, la Corte Interamericana señala, en atención al derecho a ser atendido por un juez imparcial, lo siguiente:

> 170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:
>
> Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso
>
> 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. (CIDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004)

Evidentemente, al ser la misma integración de Sala Tercera la que conoce los tres recursos de casación establecidos para su conocimiento, a saber, el que impugnara la absolutoria del 28 de mayo de 1998, declarado con lugar por la Sala el 7 de mayo de 1999, y los que impusieran los imputados dada la condenatoria del 12 de noviembre de 1999, declarados sin lugar en fecha de 24 de enero de 2001. Indica la Corte que:

> 174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma.
>
> 175. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. (CIDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004)

La imparcialidad va a resultar en uno de los medios que va a tener la defensa para poder ejercer sus acciones y derechos de manera amplia, así como es la garantía de que será escuchada y tomada en cuenta de manera libre y con atención a sus solicitudes, prueba, declaraciones, etc. La confianza en el sistema se basa en la objetividad que tiene que respetar el juez al momento de dar el fallo y durante todo el proceso. Siendo que esta sentencia se refiere directamente a Costa Rica y la naturaleza del juez dentro del proceso penal. La imparcialidad que dictamina la Corte Interamericana no debe solo aplicar a que el juez no resuelva dos o más veces el mismo asunto, sino que, en general, el mismo muestre objetividad para resolver. Esta objetividad puede entonces ser cuestionada en etapas procesales como la fase de debate, donde como ya se ha dicho, algunas normas avalan que el juez no se muestre objetivo, sino que intervenga directamente con la imputación y con la prueba con que se está llevando a cabo el debate.

De aplicarse el criterio de la Corte en todo el proceso penal instaurado en el año de 1996, la redacción de los artículos 347, 352 y 355 del Código Procesal atentan contra el contenido del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto contra el libre ejercicio del derecho de defensa, puesto que admiten, sin limites claros, que el juez tome posición en la dilucidación de los hechos.

1.2.7 Caso Tibi: Sentencia del 7 de septiembre del 2004.

Según el relato de hechos probados en sentencia del 7 de septiembre de 2004, "*el señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa…fue detenido por agentes del Estado el 27 de septiembre de 1995 Luego de permanecer veintisiete meses, tres semanas y tres días privado de libertad, fue liberado el 21 de enero de 1998* (Caso Tibi, pto.90.1)

Su detención atendió a que, en la declaración de un posible co imputado, y con esta declaración como única prueba en su contra, se le vinculó con el delito de proveedor de clorhidrato de cocaína para que se distribuya al minoreo (sic) en la ciudad de Quito. No se le informó a que se debía su detención al momento de darse esta (véase ptos. 90.7. a 90.11).

Posteriormente, el 4 de octubre de 1995, se dicta en contra del imputado Tibi prisión preventiva, orden de la cual se entera, por medio del defensor de un compañero de prisión, hasta varios días después (pto. 90.18). Esta orden no le fue notificada, como tampoco el auto de procesamiento. Además, el señor Tibi "estuvo sin defensa letrada durante un mes pese a que en el auto cabeza de proceso se le había designado un defensor de oficio, hecho que él ignoraba, a quien nunca tuvo oportunidad de conocer" (Caso Tibi, pto. 90.19). Tras seguir con el procedimiento común, el señor Tibi fue puesto en libertad el 21 de enero de 1998, tras dictarse a su favor sobreseimiento provisional. (ptos. 90.21 a 90.27)

En sentencia del caso Tibi, la CIDH entra a analizar un elemento importante, sea, el derecho de intimación, del cual no gozara Daniel Tibi (ptos. 186 y 188).

Dice la Corte en la resolución lo siguiente:

> El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y

> satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa. (Caso Tibi, sentencia del 7 de setiembre de 2004, pto. 187)

Contemplado en el artículo 8.2 de la CADH, supone la obligación de las autoridades de poner en conocimiento al sujeto sometido al proceso, los cargos que se le imputan y las pruebas en su contra, para que éste pueda defenderse de los mismos. La intimación de los hechos que se investigan otorga seguridad jurídica al encartado, pues define su situación en el proceso y le permite prepararse para enfrentar debidamente el mismo. Esta imputación de los cargos a debe darse a lo largo del todo el proceso, cumpliendo con las formalidades que cada etapa le establece, hasta llegar a juicio con una acusación formal.

Se retoma en el caso Tibi los elementos relativos al derecho al patrocinio letrado desde el inicio del proceso (pto.193), así cómo los alcances de la idoneidad de la defensa, que inicia con la debida comunicación con su abogado (pto.194).

El cumplimiento debido de su función por parte del primer defensor público a cargo del caso Tibi se cuestiona en la resolución:

> Como se demostró, en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa de sumario, dictado el 4 de octubre de 1995, el Juez designó un abogado de oficio para el señor Daniel Tibi y los otros sindicados. Ese abogado no visitó a la presunta víctima ni intervino en su defensa. Si bien el señor Tibi logró comunicarse posteriormente con un abogado particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos. Esta situación hizo que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un abogado (*supra* párr. 90.19), lo que le impidió disponer de una defensa adecuada. (Caso Tibi, sentencia del 7 de septiembre de 2004, pto. 194)

El defensor de oficio o defensor público debe estar atento, en virtud de su cargo, de los casos que le son asignados, puesto que sino, su desidia y desinterés atentan contra el derecho que a su vez está llamado a proteger.

Para finalizar, se expone la violación al derecho de abstención y al derecho de libre declaración de la siguiente manera:

> Está demostrado que el señor Daniel Tibi fue víctima de torturas por parte de agentes estatales, que afectaron su derecho a la integridad personal, así como sus garantías judiciales básicas. Se le sometió a dichos actos con el propósito de doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse por determinadas conductas delictivas, como ya se ha mencionado… (Caso Tibi, sentencia del 7 de setiembre de 2004, pto. 198)

La tortura como medio para obtener confesiones, atenta contra el artículo 8 en sus incisos 2.g y 3, como ya se ha mencionado en los casos analizados anteriormente.

Con el ánimo de proteger el ejercicio del Derecho de Defensa, es posible invocar esta u otras resoluciones de la Corte Interamericana en la jurisdicción penal nacional, a fin de aclarar cualquier nebulosa que se presente en la interpretación de este derecho fundamental o cualquiera otro que interese al proceso penal.

Se puede ver que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis en el respeto al derecho de defensa frente a las arbitrariedades que la autoridad estatal comete en contra de quienes son acusados en procesos penales. Con base en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y teniendo como punto de referencia las resoluciones anteriores, la Corte estima que, en primer lugar, conforme al inc.1, el derecho de defensa se ha de garantizar con la presencia en el proceso de jueces imparciales, que bajo este título deben conservar la objetividad a lo largo del proceso, no emitir criterio alguno previo al fallo final. El juez no debe tomar partido en el proceso de manera alguna. Específicamente sobre el derecho de defensa, las sentencias de la Corte arrojan elementos de juicio de suma importancia, como por ejemplo, que los alcances de la defensa técnica van desde el derecho a tener este defensor, hasta contar con el tiempo suficiente para preparar las hipótesis que la defensa ha de presentar en debate. Además, defensor y acusado deben tener total acceso a la prueba de cargo y aportar las probanzas de descargo que crean convenientes, así como tener certeza en cuanto a la acusación que se hace en su contra y frente a la cual planteará su plan de defensa. La intimación e imputación del los hechos debe ser conocida por el acusado en todo momento. Debe darse total respeto al derecho del imputado de declarar o de abstenerse de hacerlo según éste y su defensa

técnica así lo consideren, y en todo momento garantizarse el principio de inocencia y de In Dubio Pro Reo, con base en el artículo 8 inc2 y siguientes. La idoneidad del ejercicio del derecho de defensa, como se ha visto, no depende del abogado defensor y el encartado, sino de la legislación vigente y de las actuaciones que sobre esta hagan las autoridades judiciales.

Por ello, resulta de suma importancia el conocer estos juicios que sobre el derecho de defensa hace la CIDH, ya que en el caso del proceso penal costarricense, la normativa de los artículos 347, 352 y 355 del Código Procesal no solo son contrarias a la garantía de imparcialidad que asevera la Corte interamericana se debe respetar, sino que su aplicación atenta contra el derecho a la imputación, el acceso a la prueba, el derecho a preparar debidamente en tiempo y forma la defensa, todos derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aquello que no se ha de perder de vista es que, en el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos fundamentales, como lo es el derecho de defensa, la guía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es válida, invocable y sin duda, complaciente con el ejercicio pleno de estos derechos.

2.La posición de Sala Constitucional costarricense

La creación de la Jurisdicción Constitucional, en el año de 1989, lleva a la implementación, dentro del Poder Judicial, de un tribunal constitucional al cual, conforme con el artículo 10 de la Constitución Política:

> Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. Le corresponderá, además:
>
> Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley

> b) Conocer de las sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

Esta Sala se encuentra regida por una ley especial que determina su competencia y funciones específicas, sea, la Ley de la Jurisdicción Constitucional . (en adelante LJC).

Expresa la exposición de motivos de esta ley que se crea la misma "con el doble propósito de refundir en una sola ley, de modo sistemático, las disposiciones de carácter legal que existían y existen en materia de Habeas Corpus, de Amparo y de Inconstitucionalidad, y al propio tiempo de modernizar esa legislación, que data de muchos años" (Exposición de Motivos, LJC)

Así, nace la Sala Constitucional (SC) y la LJC con el claro fin de velar por la legalidad constitucional de las normas del sistema jurídico costarricense, velar por la protección de los derechos que en la Constitución Política y las normas internacionales se garantizan, limitar en aras de la legalidad al poder público y al pode privado en ejercicio de las funciones del primero y resolver sobre su propia competencia.

Estas funciones y fines se encuentran contemplados en los artículos 1 y 2 de la LJC:

> Artículo 1: La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en al Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica

> Artículo 2: Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:
> Garantizar, mediante los recursos de habeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.
> Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos de los sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.
> Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones y los de competencia constitucional entre estos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de derecho público.
> Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.

Estos detalles sobre la creación y competencia de la Sala Constitucional, no dejan la menor duda de que su aparición en el sistema jurídico costarricense viene a fortalecer el Estado democrático de Derechos, ya que se especializa en ella la función de protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales de las personas frente al poder del Estado, la legalidad de las normas y de la misma constitución y la garantía de la prevalencia del sistema de pesos y contra frenos de los tres poderes estatales. Por ello, afirma la misma consolida con su actuación al Estado Democrático de Derecho como un estado que "*pone el énfasis en la dignidad humana como soporte del conjunto de derechos y garantías del individuo*", según el concepto de Borja (2001, p 243).

La SC en aras de cumplir a cabalidad con el respeto máximo a la CP, tiene como característica en sus resoluciones, obligatoriedad erga omnes, lo que implica que sus pronunciamientos en cualquier materia que le sea consultada y que sea de su competencia son vinculantes sin excepción. A pesar de la crítica que esta interpretación del artículo 13 de la LJC ha recibido de autores como Rivero (2001, p. 195 y sgtes) , la práctica es que efectivamente se tenga como exigible el obedecer a la generalidad de los aplicadores del derecho los juicios que en materia de constitucionalidad manan de la Sala.

Debe tomarse en cuenta que la Sala Constitucional en no pocas ocasiones ha rectificado criterios erróneos o lesivos a los intereses de la comunidad, revocando sus propios fallos cuando ha habido una errónea apreciación de los hechos que depare perjuicio para las partes involucradas. Esta posibilidad de revisión, se da, como se indica en los votos # 1028-92 de las catorce horas treinta minutos del 22 de abril de 1992 y 292-92 las diez horas del 7 de febrero de 1992 de esta Sala, "a efecto de evitar indefensión o grave prejuicio a las partes, cuando se constata que existe un grave error de apreciación con el que se produce indefensión o denegación a la justicia."

Son materia de su competencia la resolución del Recurso de Hábeas Corpus, conforme con el artículo 48 de la CP y los artículos 15 y siguientes de la LJC, el Recurso de Amparo, contemplado en el artículo 48 de la CP y los numerales 29 y consecutivos de la LJC, así como la Consulta Judicial de Constitucionalidad, regulada a partir del artículo 102 de la LJC.

Los criterios de SC en materia procesal penal estriban, principalmente, en la tutela de los contenidos del debido proceso. Tiene entonces la Sala la obligación de velar por el cumplimento de los derechos fundamentales en este campo, dirimiendo el conflicto que se presente entre quien pone en marcha la maquinaria procesal y quien padece su persecución. No en vano afirma Mora (1994 p. 630-631) que

> en materia de justicia penal, se presenta un serio conflicto entre la necesaria protección de la sociedad –que exige que se sancionen los delitos- y el respeto- también exigido- a los derechos fundamentales del individuo, ya que ningún Estado de Derecho puede estar legitimado para aplicar su aparato punitivo a una persona, con el propósito de proteger la sociedad dentro de su territorio, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes al hombre. En esta materia el fin no justifica los medios

y es este tribunal el llamado por orden constitucional quien debe dictar los lineamientos en cuanto a los alcances de estos derechos. De no ser por las interpretaciones y aclaraciones que de la ley procesal ha hecho este tribunal constitucional, el ejercicio del derecho de defensa y otros tantos derechos fundamentales estaría sujeto al buen parecer de los operadores judiciales y de la jurisprudencia de acatamiento no obligatorio de otros tribunales de la República. De ahí deriva la importancia de las resoluciones que manan de la Sala Constitucional pues no solo brindan un criterio único sobre el contenido de estos derechos, sino que ha mostrado un respeto máximo por los mismos, en beneficio de las partes del proceso penal y de la administración de justicia.

2.1 Derecho de Defensa como Derecho Constitucional

El papel de la Constituciones Políticas en los modernos Estados de Derecho es uno solo: reconocer el conjunto de derechos de las personas dentro del territorio del estado, para dar, a su vez, pie al desarrollo del resto del ordenamiento jurídico alrededor de estos derechos reconocidos. Tal como apunta Mora (1994, p.629-630)

> Toda Constitución política legítima es una declaración de la voluntad popular-soberana- que recoge dos pilares fundamentales de toda sociedad políticamente organizada: a) una declaración de los derechos fundamentales que esa sociedad reconoce como legítimos y b) una declaración de la forma de organización política

> que desea. Toda constitución política contendrá en consecuencia siempre, una columna vertebral de derechos o libertades públicas, a cuyo respeto se obliga el estado para con todos sus habitantes y otra con la estructura del poder legítimo, que se organiza y distribuye en primer lugar para delimitar sus actuaciones e impedir que éstas lesionen los derechos mencionados y, en segundo lugar, para regular las funciones vitales de los órganos estatales
> La Constitución Política de Costa Rica contempla el derecho de defensa en el artículo 39:
>
> 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 sus defensas y mediante la necesaria demostración de culpabilidad…

convirtiendo con su sola mención al derecho de defensa en un derecho fundamental, de acatamiento obligatorio e inviolable dentro del marco jurídico y social de Costa Rica.

Deriva del orden constitucional, entonces, la legislación procesal penal que es objeto de estudio, la cual no podrá atentar, so pena de ineficacia jurídica, contra los contenidos del ejercicio del derecho de defensa.

Por su parte, el artículo 42 de la Constitución Política establece someramente la obligación de que el juez sea imparcial:

> Artículo 42: Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto…

Esta garantía de imparcialidad permite que se ejerzan libremente en el proceso penal el derecho de defensa del imputado, frente a una autoridad judicial que no he emitido opinión previa alguna antes de atender durante el proceso a la parte interesada.

2.2 Alcances del Derecho de Defensa en la Jurisprudencia constitucional

Es por medio de la jurisprudencia emanada de Sala Constitucional que se da interpretación a las normas constitucionales y legales sometidas a su conocimiento, por lo que

son sus resoluciones las llamadas a sentar los criterios que en materia del ejercicio de la defensa en el proceso penal dicta la Sala.

No puede omitirse, cuando de la interpretación que hace la Sala Constitucional de los derechos fundamentales, el voto 1739-92, del primero de julio de 1992. Esta resolución hace un extenso análisis de los alcances del Debido Proceso dentro del proceso penal, y ha servido de punto de referencia a la jurisprudencia constitucional desde su emisión, marcando sin duda un hito en la historia del debido proceso y su comprensión y respeto en el proceso penal costarricense.

La definición de Debido Proceso viene dada por la Sala de la siguiente manera:

> debido proceso-, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador…(Sala Constitucional. Res. N. 1739-92 de las 11:45 horas del 1ero de julio de 1992)

Las consideraciones sobre el debido proceso implican al derecho de defensa, ya que es este el que protege la oportunidad de respuesta del imputado hacia el ente investigador y el ente punitivo. Si los principios del debido proceso tienen como finalidad la protección del ser humano ante la autoridad estatal, el derecho de defensa es el medio para lograr el fin.

Como ya se señalara, el derecho a la intimación y a la imputación son parte de este derecho. En la resolución 1732-92, SC los especifica de esta forma:

> El derecho general de defensa implica otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal. De conformidad con lo expuesto, comprende:
> a) El principio de intimación: Es el que de lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento -incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público-. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna,

> expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor.
> b) El principio de imputación: Es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es, pues, deber del Ministerio Público, aún inicialmente, y, después, de éste y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva……(SC Resolución N. 1732-92, de las 11:45 horas, del 1ero de julio de 1992)

Es importante resaltar el que este voto constitucional diferencia la intimación, sea, el conocer los hechos que se investigan en su contra, de la imputación, acto en que se le pone en conocimiento de la pieza acusatoria formal en su contra. Esto es importante como punto de referencia para la interpretación de los artículos 33, 116, 328 y 348 del CPP, donde se utilizan estos conceptos.

Sobre la intimación y la imputación como elementos del derecho de defensa, la SC no sigue el criterio del voto 1739-92 en la resolución 4784-93, de las ocho horas treinta y seis minutos, del 30 de septiembre de 1993, ya que limita la intimación, en este último, al interrogatorio previo a la declaración del encartado:

> La imputación consiste en poner en conocimiento al imputado, de los hechos de los cuales se le acusan y las pruebas en su contra que respaldan la existencia de esos hechos y su participación en ellos. Mientras que, con la intimación se interroga al imputado sobre su identidad y se le hace saber que tiene derecho de abstenerse a declarar, que si lo hace es sin juramento y, que puede requerir la presencia de su defensor. Principalmente la imputación, es la piedra angular del derecho de defensa en el proceso penal, pues sólo teniendo conocimiento de los hechos de los cuales se le acusan, puede el imputado preparar la defensa del caso y rendir la declaración, si así lo decidiera… (SC, Res. 4784-93 de las ocho horas treinta y seis minutos, del 30 de septiembre de 1993)

¿Es entonces la intimación sólo averiguar los datos del imputado o es el primer momento en que conoce los hechos que se investigan y sobre los mismos puede ejercer su derecho de declarar o de abstenerse de hacerlo? Resulta correcto el criterio esbozado en el voto 1739-92, en cuanto la intimación implica una puesta en conocimiento de los cargos y la prueba. La crítica

que se debe hacer a la resolución 4784-93 estriba en que omite la intimación como un acto a favor del conocimiento que de la causa debe tener el imputado para defenderse.

La Sala, en el voto 1739-92, igualmente procede con el contenido propiamente del concepto de derecho de defensa:

> …el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada -conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. …(Sala Constitucional. Res. N. 1739-92 de las 11:45 horas del 1ero de julio de 1992)

Parte de lo admirable de esta resolución es que esboza criterios tales como el que la defensa implica la comunicación fluida entre defensor e imputado, sin más limitación que la incomunicación, y bajo la aclaración que ésta no debe prestarse para cometer abusos contra el imputado en aras de conseguir una confesión o prueba en su contra; el derecho a preparar

debidamente la defensa de la causa, lo que dependerá incluso del volumen de las probanzas contenidas en el expediente y el acceso irrestricto a la prueba por parte de defensor e imputado.

También la resolución diferencia entre defensa formal y material:

> Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan……(Sala Constitucional. Res. N. 1739-92, de las 11:45 horas, del 1ero de julio de 1992)

Estos conceptos no se refieren a la defensa formal-ejercida por el abogado- y la defensa material- ejercida por el imputado-, sino más bien apunta que la materialidad de la defensa es su ejecución real, activa, eficiente y en procura de los intereses del imputado, y no solo ser formal, vista como el contar con un letrado que esté adscrito a la causa penal. El defensor debe responder ante las demandas del acusado y frente a los requisitos procesales para ejercer su función: esta no se da por bien cumplida con solo que el nombre del abogado aparezca en autos.

La extensión del cargo de la defensa técnica es explicada por la Sala en el fallo 4784-93:

> De esta manera, es menester agregar, que otro aspecto elemental dentro del derecho de defensa es la asistencia técnica adecuada. Esto, por supuesto incluye el contacto o comunicación libre entre el imputado y su defensor, dentro de los términos y plazos que señala la legislación procesal penal. La defensa técnica de conformidad con el voto de esta Sala número 1331-90 del 23 de octubre de 1990 y según los artículos 45, 80, 83, 89, 189 y 275 del Código de Procedimientos Penales y 8 párrafo 2 incisos d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una exigencia para garantizar al encausado un juicio justo, razón por la cual debe permitirse su ejercicio, con lógicas restricciones, desde la detención del presunto culpable, durante el proceso y hasta que la resolución que se dicte en el caso adquiera la condición de cosa juzgada. De ello se desprende que la intervención del Defensor y el ejercicio de la defensa no puede coartarse, a menos que colisione seriamente con otro interés que resulte preponderante en razón de los fines del proceso. El ejercicio de la defensa crea una relación entre el abogado y su

> defendido desde el momento mismo en que éste es detenido (artículo 45 del Código de Procedimientos Penales), que no puede verse interrumpida en ningún momento, ya sea con anterioridad o con posterioridad a que se rinda la declaración indagatoria y así hasta la finalización del proceso, relación que en algunos casos exige la presencia del defensor (artículos 191 y 192 ibídem) para la validez del acto, presencia que no puede estimarse sea meramente física, pues representa la asesoría letrada con que, constitucionalmente, debe contar todo procesado en salvaguarda de sus derechos, dado que sólo un procedimiento que se desarrolle de acuerdo con lo reglado en el Código de Procedimientos Penales puede tener como eventual efecto el cumplimiento de una pena (artículo 39 de la Constitución y 1° del Código de Procedimientos Penales)… (SC, n. 4784-93, de las 8 horas 36 minutos, del 30 de septiembre de 1993)

Véase que la Sala no deja detalles al descubierto sobre el ejercicio de la defensa técnica, incluso en cuanto a la ininterrumpibilidad de la misma y que la presencia del defensor no es sólo física, sino que responde a la necesidad y al derecho de patrocinio que tiene el imputado. (En igual sentido, Sala Constitucional, Voto 5966-93 de las quince horas doce minutos del 16 de noviembre de 1993)

Una posición sobre el ejercicio de la defensa técnica que la Sala sostiene es que no se puede valorar sólo por lo que consta en autos si el abogado defensor cumplió o no cabalmente con su función:

> Si el recurrente estima que el defensor público que fue asignado para representar al amparado en el proceso de extradición que se tramita en su contra, ha inobservado las funciones inherentes al cargo que ocupa, en razón de que no hizo uso de ningún medio procesal que pudiera proveer a su defensa, ello en el fondo constituye una queja que no corresponde ventilarse ante esta Jurisdicción, toda vez que lo alegado no tiene el efecto de lesionarle de manera directa derecho fundamental alguno, sino ante la Inspección Judicial que constituye el órgano competente para investigar la denuncia planteada por el recurrente. Cabe manifestar que la eficacia de la defensa no puede valorarse simplemente por la interposición de recursos, como lo pretende el accionante. Por lo expuesto, el amparo deviene improcedente y así debe declararse (Sala Constitucional. Res. N. 5218-94, de las 14 horas con 39 minutos del trece de septiembre de 1994)

Sólo el defensor puede determinar si la interposición de uno u otro recurso procesal o el ofrecimiento de una u otra prueba es prudente para su estrategia de defensa en el caso concreto. En todo momento es necesario que se mantenga en contacto con su defendido para que discuta con éste la línea de defensa a seguir y tenerlo al tanto de los resultados que va arrojando el

proceso. Como ya se ha mencionado, caso de surgir diferencias entre letrado y patrocinado, debe el último seguir al primero, siempre dentro de los límites de la legalidad.

La labor de abogado defensor debe ir enfocada hacia la representación de los derechos e intereses del encartado. Si deja de lado de manera evidente y sin justificación basada en la estrategia de defensa el cumplimiento de sus funciones, ha afirmado SC que esto si constituye falta a su labor y por ello, falta grave:

> El abogado defensor realiza labores de asistencia y representación del encartado en procura de hacerle las circunstancias del caso más favorables, y discutir a su favor las tesis jurídicas y de hecho que le permitan defenderse de las acciones que se le atribuyen, para lo cual debe tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como de impugnar el desarrollo de las actuaciones, si considera que son injustas. La labor ejercida por el abogado defensor es de tal importancia que se constituye en garante o custodio de las garantías previstas dentro del proceso en beneficio del imputado, a fin de que éstas se hagan efectivas; motivo por el cual el abandono de esta función o la renuncia intempestiva se constituye en una falta grave para el profesional que la cometa." (Sala Constitucional. Res. 454-01, de las 14 horas 48 minutos, del 17 de enero del 2001)

Sin embargo, cada caso en el que se considere ha habido descuido del defensor debe ser valorado en concreto, ya que dependerá del desarrollo del caso en lo probatorio y de la etapa procesal en que se encuentre, para que se consideren o no oportunas las acciones del defensor.

Incluso algunas de estas actuaciones, contempladas en el CPP, han sido cuestionadas constitucionalmente. Por ejemplo, el artículo 89 del CPP, que establece la declaratoria de rebeldía del imputado al no comparecer ante el llamado judicial, puede ser invocada por el defensor del acusado. Aún cuando podría llevar a la privación de libertad del imputado en forma preventiva, la declaración de rebeldía garantiza la presencia del inculpado al proceso en algún momento. Su comparecencia en esencial es actos tales como la Audiencia Preliminar (316 y sgtes CPP) o el Debate, cuando se trata, en la primera, de agotar la posibilidad de aplicación de medidas alternas al proceso, com son la Conciliación (art.36 CPP) o la Suspensión del Proceso a Prueba (art.25 CPP), o el acogerse al procedimiento abreviado (art. 373 y sgtes CPP). En cuanto a la etapa de debate, además de que no se permite el juzgar al imputado en ausencia, existe en esta fase procesal la oportunidad de aplicar la medida alterna de Reparación Integral del daño,

contemplada en el artículo 30 inc.j del CPP. Por ello, el que el defensor solicite el estado de rebeldía del imputado, apunta la SC en resolución N. 3043-01, no atenta contra el derecho de defensa, sino que más bien lo refuerza:

> Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 89 del Código Procesal Penal no es inconstitucional, y que la actuación del abogado defensor solicitando la aplicación de las medidas pertinentes para asegurar la presencia del imputado en la celebración de la audiencia preliminar no es en sí misma inconstitucional, sino más bien una expresión del derecho de defensa que le corresponde ejercer en interés de su defendido, todo lo cual debe ser valorado por el juez consultante al resolver el caso concreto. En lo demás, no ha lugar a evacuar la consulta formulada. (Sala Constitución. Res: 3043-01 de las 15 horas con 41 minutos del 25 de abril del 2001)

El Voto 2202-98, de las once horas del 27 de marzo de 1998, cumple con dos funciones importantes en la jurisprudencia constitucional, puesto que define el concepto de defensa material y explica la adecuada relación que defensa técnica y material han de tener en beneficio del imputado:

> Ese derecho de defensa se compone por una parte de la defensa material que es aquella en virtud de la cual ha de permitirse al encartado ejercer personalmente su defensa, esto es, ampliamente entendido, el derecho a ser oído, formular preguntas, declarar en el proceso, etc. La defensa técnica es el otro componente, conforme al cual el imputado debe ser asistido por un defensor letrado, es decir, por un abogado que, con su conocimiento de las leyes y del proceso, refuerce la defensa que materialmente efectúa el imputado. Para que esa defensa técnica sea efectiva, se establece también que el imputado tiene el derecho a la elección de su defensor, por cuanto, se trata de un asistente de confianza. En principio, es el imputado quien debe controlar la calidad del defensor y quien debe admitirlo o no. En nuestro sistema se le otorga al encartado la plena libertad para elegir a un defensor de su confianza, sólo si no lo hace el Estado le suple con un defensor público a fin de garantizar el ejercicio de una adecuada defensa técnica. No obstante, ese derecho de elección no es ilimitado, pues, en el proceso penal, concurren varias partes, a saber, la víctima, el Estado, los perjudicados civiles, etc., esto es, existen varios intereses que deben armonizarse a fin de no hacer ilusoria, la finalidad del proceso penal, cual es la solución jurídica al conflicto humano subyacente.(Sala Constitucional, Res. N. 2202-98, de las 11 horas del 27 de marzo de 1998)

Entonces, la coordinación entre los actores material y formal de la defensa es un elemento esencial para obtener resultados positivos del ejercicio de este derecho.

En cuanto a la Defensa Pública se refiere, se ha admitido que se cambie el profesional asignado al caso, por su nivel de especialidad en la materia, con el ánimo de dar un mejor servicio a los usuarios:

> Así las cosas, la defensa debe ser técnica y especializada, en razón de la materia, por cuanto el ámbito sancionatorio comprende muchas variables, que en el área de la defensa se manifiesta en secciones especializadas, tales como la agraria, la ejecución de la pena, pensiones alimentarias y asuntos disciplinarios, e inclusive, y con mayor razón, la penal juvenil. De manera, que a fin de garantizar una efectiva defensa técnica, resulta, no sólo adecuada, sino necesaria la facultad que se reconoce a la Jefatura de la Defensa Pública del Poder Judicial, de sustituir un abogado defensor por otro que tenga la especialidad, no obstante que no tenga oficina abierta dentro del perímetro judicial; toda vez que, como lo arguye la Jefa de la Defensa Pública, existen instrumentos tecnológicos para notificarle de manera inmediata las resoluciones y actuaciones que se realicen en el proceso penal en el que participa… (Sala Constitucional. Res. 10689-03, de las 16 horas 34 minutos, del 24 de septiembre de 2003)

Si bien impera la relación de confianza, es también necesario velar por la mejor representación del imputado, la cual sin duda podrá brindarla un profesional con algún grado de especialidad en la materia de que se trata el caso. Lo ideal y recomendable sería, que este abogado sea asignado desde el principio de la causa y no una vez que la misma ha avanzado, para que el imputado tenga certeza, desde los comienzos, quien es el defensor que lo representara, cuáles son sus habilidades para el caso concreto, etc.

Ante el cambio de defensor en el momento del debate, considera la Sala que debe darse oportunidad al nuevo defensor para que conozca las probanzas, el expediente en su totalidad e incluso, para que conozca de nuevo la acusación:

> El recurrente aduce que lo acontecido en relación con su defensa técnica le lesiona su derecho de defensa, sin embargo del expediente no se desprende que el recurrente en ningún momento haya quedado desprovisto de un abogado defensor, del informe rendido bajo la fe del juramento y del acta de debate aportada a los autos, tenemos que al dar inicio el debate el día veintiuno de enero del año en curso, efectivamente el defensor privado del amparado solicitó al Tribunal renunciar a su cargo. Debido a lo anterior, el Tribunal de Juicio –de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código Procesal Penal- a pesar de que le aceptó la renuncia, no le relevó inmediatamente del cargo, sino que más bien, le indicó que hasta el momento en el cual el aquí amparado contara con un defensor de su confianza a fin de que le asistiera en su defensa técnica, éste no sería relevado del

> puesto. Posteriormente se apersonó una defensora pública quien aceptó el cargo y solicitó un tiempo para poder estudiar el caso. ***De autos se desprende que en respeto a las garantías y derechos constitucionales del recurrente, el Tribunal le otorgó dicho tiempo y ordenó el reinicio del mismo para el día veintiocho de enero del año en curso, no se desprende del expediente que la abogada defensora se haya opuesto a ese plazo previsto por el Tribunal y por el contrario aceptó el reinicio del debate sin ninguna oposición. Finalmente, se observa que en la fecha del reinicio se dio nuevamente lectura a la acusación del encartado, con el fin de no vulnerar su derecho a la defensa. Así las cosas, no encontrando esta Sala la alegada violación al derecho a la defensa del amparado, lo procedente es desestimar el presente recurso.*** (Sala Constitucional. Res. 591-03 de las 8 horas con 32 minutos del 31 de enero de 2003) (El resaltado es del texto).

El artículo 104 del CPP dice sobre la renuncia y el abandono de la defensa:

> El defensor podrá renunciar al ejercicio de la defensa. En este caso, el tribunal o el Ministerio Público le fijará un plazo para que el imputado nombre otro. Si no lo nombra, será reemplazado por un defensor público.
> El renunciante no podrá abandonar la defensa mientras su reemplazante no intervenga.
> No se podrá renunciar durante las audiencias ni una vez notificado del señalamiento de ellas.
> Si el defensor, sin causa justificada, abandona la defensa o deja al imputado sin asistencia técnica, se nombrará uno público y aquel no podrá ser nombrado nuevamente. La decisión se comunicará al imputado, y se le instruirá sobre su derecho de elegir otro defensor.
> Cuando el abandono ocurra antes de iniciarse el juicio, podrá aplazarse su comienzo, por un plazo no mayor de cinco días, si el nuevo defensor lo solicita.

Aún cuando expresamente se prohíbe la renuncia de la defensa una vez que se ha dado notificación de las audiencias, cabe la posibilidad de que el imputado desee cambiar a su representante e la defensa técnica, que éste último abandone el cargo. Se nombrará defensa pública si el imputado no nombra a otro letrado de su confianza, y se le dará plazo para el estudio de la causa.

En el caso que expone el voto 591-03, el abandono de la defensa se da durante el desarrollo del debate, ante lo cual la respuesta de Sala Constitucional ha sido que es correcto relevar la defensa, más hasta el momento en que el nuevo defensor asuma la causa, para procurar la defensa en todo momento y que el recién incorporado letrado tenga un plazo para ponerse al día. Sobre la prueba que ya ha sido evacuada, parece lógico, siguiendo esta línea de pensamiento

garantista del derecho de defensa, que la misma podría volver a producirse (en caso de testimonios) si la defensa lo considera necesario, para poder tener acceso a la misma. Cada caso en concreto ha de ser valorado por el defensor a cargo, para medir la necesidad o no de volver sobre las probanzas ya evacuadas.

La relevancia que el acceso en general a la prueba se tenga, como ejercicio del Derecho de Defensa en el proceso penal, se basa en el Principio de Amplitud de la prueba definido en el voto 1739-92:

> El principio de la amplitud de la prueba: Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente. En material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material… (Sala Constitucional. Res. N. 1739-92 de las 11 horas 45 minutos del 1ero de julio de 1992)

Si bien por la mentalidad inquisitiva que operaba en Costa Rica con el Código Procesal Penal de 1973, se admitía que el juez realizara investigación y ordenara prueba (como aún se admite en la fase de juicio), debe rescatarse el que se ha de atender la prueba de la defensa, cuya pertinencia casi se supone *per se*. En este sentido, la resolución 04121-99 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del 1ero de junio de 1999 mantiene este criterio:

> Se evacua la consulta formulada en el sentido de constituyen elementos esenciales del debido proceso, los principios de inocencia, in dubio pro reo, y de legitimidad de la prueba. El rechazo de prueba esencial o la omisión de realizarla, si el rechazo o la omisión fue causada en actuación arbitraria o inmotivada, constituye violación al derecho de defensa, y por ende, del debido proceso resolución (Sala Constitucional. Res. n. 04121-99 de las 14 horas 42 minutos del 1ero de junio de 1999)

Si se considera improcedente la prueba ofrecida por la defensa, debe el tribunal actuante indicar los motivos del rechazo (art. 183 CPP), los cuáles, como tesis de principio, son la

completa impertinencia, cuya declaratoria debe ir debidamente fundada. De no tener el tribunal mayores elementos para el rechazo de prueba, se violenta el acceso a la prueba del imputado.

Situación relevante para el ejercicio del derecho de defensa es el acceso a la prueba de cargo, específicamente a aquella cuyo contenido, por ser oral, sólo será conocida formalmente hasta la etapa de debate, y que se conserva en el llamado "legajo paralelo" del Ministerio Fiscal. Se ha cuestionado si debe el Ministerio Público exponer estas probanzas a la defensa si esto atenta contra el secreto de las actuaciones, y, por ello, si la defensa tiene total acceso a la investigación que realiza el fiscal. La Sala resuelve la cuestión de la siguiente manera:

En resolución 2200-98, la Sala Constitucional establece que las partes, lo que obviamente incluye a la defensa, tienen el derecho a acceder al legajo privado del fiscal:

> … el derecho que tienen las partes de examinar las actuaciones, abarca no sólo al legajo principal o de investigación (elaborado por el Ministerio Público con el fin de preparar su acusación, tal y como señala el artículo 275 del Código Procesal Penal), sino también al legajo paralelo que contiene todas las diligencias practicadas por el Fiscal a cargo del caso y que no son susceptibles de ser incorporadas como prueba válida al juicio. Existen entonces para el Fiscal la posibilidad de declarar el secreto total o parcial de las actuaciones -legajos- en la medida que su publicidad pueda entorpecer la investigación. (Sala Constitucional. Res. N. 2200-98, de las 10 horas con 54 minutos del 27 de marzo de 1998)

Este secreto de las actuaciones solo podrá hacerse por orden judicial, conforme al artículo 296 del CPP, y bajo el apercibimiento de que sea para no entorpecer la investigación. Sólo así se podrá vedar el acceso al legajo en cuestión.

Las entrevistas a testigos que consten en el legajo del fiscal, igualmente se deben facilitar a las partes y a la defensa, por ser prueba que puede resultar de cargo e incluso de descargo para el imputado:

> En relación propiamente con el acceso a las entrevistas efectuadas por el fiscal durante la etapa preparatoria y que consten en su legajo paralelo, esta Sala determinó lo siguiente:
> Esta Sala ha señalado como integrantes del derecho de defensa la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para que el imputado realice una adecuada preparación de la defensa, lo cual implica el acceso irrestricto a las

> pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas (véase entre otras la sentencia número 3148-94 del 28 de julio de 1994). Por su parte, el artículo 181 del Código Procesal Penal prohíbe la utilización de información obtenida por medios que menoscaben o lesionan los derechos del imputado. De manera que si el recurrido realizó las entrevistas y se aportaron a la causa penal, indiferentemente si las considera prueba o no, éstas tienen que ser conocidas por el imputado o su defensor con el fin de que pueda combatirlas en su oportunidad. La negativa del Fiscal contenida en el pronunciamiento citado, lesiona el derecho de defensa del amparado, razón para estimar este recurso. (Sala Constitucional. Res. N. 7532-00, de las 10 horas con 9 minutos del 25 de agosto de 2000)

Así, atenta contra el derecho de defensa la negativa fiscal de permitir a la defensa el conocer de los contenidos del legajo paralelo. Esto, no implica, sin embargo, que deba el Ministerio Público revelar su estrategia en el caso y la misma debe permanecer en privado el tiempo que el funcionario a cargo lo considere prudente para la investigación. Más los elementos probatorios objetivos que se han ido produciendo durante las pesquisas para resolver la causa si deben ser de conocimiento de las partes, especialmente de la defensa. En suma, en el fallo 7254-04, y en relación con las resoluciones 2200-98 y 7532-00 ya vistas, estima la Sala que:

> De los precedentes citados, así como de las normas mencionadas y del principio constitucional de defensa, se debe concluir que si bien resulta legítimo para el fiscal negarse a mostrar a los imputados y sus defensores los aspectos propios de su estrategia de investigación que consten en el legajo paralelo, ello no lo autoriza a negarles el resultado de las entrevistas efectuadas a los testigos, en aquellos casos en que no se haya declarado el secreto de las actuaciones. El Estado debe garantizar a la persona sometida a un proceso penal el más ejercicio de su defensa material y técnica, legitimando así una eventual sentencia condenatoria, de gravosas consecuencias para el individuo. Lo expresado por un testigo en una de tales entrevistas puede ser clave para la defensa del imputado en las etapas previas del proceso, por lo que negarle acceso a dichas podría significar comprometer su libertad y dificultar el ejercicio del derecho fundamental a defenderse. (Sala Constitucional. Res. N 7254-04 de las 14 horas con 41 minutos del 1ero de julio de 2004)

Retomando la resolución 1739-92, tenemos que se garantiza como parte del debido proceso, necesario para el ejercicio del derecho de defensa lo siguiente:

> EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA: En la base de todo orden procesal está el principio y, con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida como la **existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función**

> **jurisdiccional del Estado -declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-**; lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación. (Sala Constitucional. Resolución N. 1739-92 de las 11 horas 45 minutos del 1ero de julio de 1992) El resaltado no es del texto.

Este voto habla concretamente de la imparcialidad del juez, elemento que se hace necesario para el ejercicio de los demás derechos de las partes., Queda plasmada la obligación de que los procesos penales, en este caso, sean dilucidados de manera independiente y objetiva, para garantizar justicia a todos los interesados.

Con esta definición de la importancia de la imparcialidad en el sistema procesal, se puede entonces derivar de la jurisprudencia de Sala Constitucional lo siguiente: siendo el derecho de defensa un derecho fundamental garantizado en la Constitución Política, el mismo alcanza acciones tales como la necesidad de una intimación e imputación completas para que el acusado se encuentre informado sobre los cargos que el estado hace en su contra, tiene pleno acceso al patrocinio letrado, al consejo de este y al tiempo justo para alistar sus alegatos procesales y de fondo. En todo momento en el desarrollo del proceso penal, el acusado debe conocer la prueba que se tiene en su contra y podrá presentar la que estime prudente para su defensa. Se garantiza el derecho de abstención sin presunción de culpabilidad. Por último, la Sala Constitucional define como parte del debido proceso el que la autoridad judicial resuelva los conflictos de manera imparcial.

Es así como se debe considerar que dentro del Proceso Penal establecido actualmente, específicamente en la fase de juicio, podría no cumplirse con las disposiciones de este tribunal constitucional, si a la luz de sus fallos se da lectura al artículo 347, que permite un cambio repentino en la acusación, sin que se defina un plazo prudente para que la defensa se prepare y sin tomar en cuanta las dificultades de tiempo con que puede topar la defensa en caso de que desee aportar prueba de descargo para afrontar los cambios en la acusación; el artículo 352, que permite a un tribunal que por mandato constitucional es imparcial interrogar a los testigos y peritos que aportaran las partes para debate, y con ello entorpecer eventualmente la estrategia de

la defensa que no tiene razón legal para contar con un tribunal investigador; y por si fuese poco, el artículo 355, que admite que el propio juez ordene prueba para mejor proveer a su antojo, lo que atenta contra la imparcialidad e igualmente contra el derecho de defensa.

No es aventurado afirmar que, vista la interpretación que la Sala Constitucional da al derecho de defensa y a su ejercicio dentro de un debido proceso, los institutos de los numerales citados supra atentan contra derechos fundamentales y constitucionales, los cuales se aplican a diario por los administradores de justicia en los tribunales, sin que se cuestione la contradicción de que sea el mismo Código Procesal Penal el que avale acciones inconstitucionales.

Para concluir, es menester reconocer que la Sala Constitucional ha llevado a la consolidación del Estado Democrático de Derecho en Costa Rica, a través del esclarecimiento de contenidos de los derechos fundamentales, la delimitación de las funciones del Estado y sus limitaciones respecto a los derechos de los administrados, las obligaciones para con estos, así como las posibilidades del administrado de acceder a la justicia sin importar su condición, para reclamar sus derechos a la libertad, la integridad física y los demás derechos fundamentales que considere vulnerados. El derecho de defensa penal no ha sido la excepción, y su desarrollo jurisprudencial debe ser fundamento de la aplicación diaria del mismo en los estrados judiciales.

Capítulo V

Resabios Inquisitivos del Código Procesal Penal de Costa Rica en la fase de Juicio

> Si pretendemos sostener el carácter acusatorio de nuestro sistema procesal penal, debemos despojarnos de una serie de figuras que otorgan gran protagonismo al juez en la búsqueda de la verdad real o material, en otras palabras, de un juez preocupado por una labor encomendada a otros dos sujetos procesales, como lo son la representación del Ministerio Público y la Defensa. (Sanabria, 2004 p.130).

La etapa de juicio en el proceso penal es en la que, de manera oral, se exponen las teorías del caso de cada una de las partes, principalmente la defensa y el Ministerio Público, ante el juez, quien es el encargado de tomar una decisión a favor de una u otra de las posiciones que se le han puesto en conocimiento. Como indica Binder (1993a, p. 233)

> … ésta es la etapa plena y principal del proceso penal; en realidad, todo el sistema procesal penal pivota sobre la idea y la organización del juicio. Así mismo, sólo es posible comprender cabalmente un sistema procesal si se lo mira desde la perspectiva o desde la atalaya del juicio penal

Y esto por cuanto es en este momento del proceso en que se ponen sobre la mesa todos los resultados de las investigaciones que las partes han hecho, las cuales habrán de arrojar, luego de un enfrentamiento cara a cara frente al juzgador, una sentencia que de razón a una u otra de las posibilidades que se han expuesto sobre el acontecer de los hechos. El debate es, sin duda, la etapa en la que se decide hacia qué lado se inclinará la balanza de la justicia, el "*punto culminante de todo el proceso penal*", como lo llama Roxin (2000, p.358).

Previo a revisar los resabios inquisitivos que se conservan para la etapa de juicio en el Código Procesal Penal de 1996 y su posible afectación sobre el Derecho de Defensa, es importante realizar un análisis sobre las implicaciones del debate en el proceso costarricense y el papel del juez en esta etapa.

La fase de juicio está contemplada a partir del numeral 324 del CPP, regido por los principios de oralidad, publicidad, continuidad y contradicción, como señala el artículo 326 del CPP.

El Principio de Oralidad permite que se tenga acceso de primera mano a la prueba testimonial y documental, así como que la defensa y el Ministerio Público aclaren sus versiones en frente del tribunal designado, facilitando la comunicabilidad de las posiciones de cada parte. Señala Dall´Anese (1996, p. 655), sobre este principio que

> La oralidad en la recolección de la prueba ubica en el mismo sitio a todas las partes- incluido el tribunal- como receptor. Esto permite conocer al testigo, durante la brevedad de la declaración, en los aspectos de educación y uso del lenguaje; las partes pueden descender al nivel del deponente, para así valorar de la mejor forma el mensaje. Incluso, de ser necesario, este podrá expresar sus ideas con ademanes o una dramatización en la sala de audiencias, con el uso de una pizarra, una maqueta, etc. Así se conocerá de la mejor forma la versión del testigo. Este es el valor de la oralidad en la recolección de la prueba, íntimamente relacionada con la inmediación.

La esencia del juicio, conforme con el proceso actual, reside en que se realice el mismo de manera oral, dejando de lado la escritura, y con total apego a la prueba que en el mismo se desarrolle, con la posibilidad de que las partes la valoren acorde con la realidad palpable de la misma, como se explicita en el artículo 333 del CPP.

La posibilidad de escuchar de viva voz los contenidos de los elementos probatorios, así como de interactuar con interrogatorios hacia los testigos y peritos que rinden su declaración, la facultad de declarar que tiene el imputado y en sí la refutación constante que se da entre las partes durante el tiempo que dura la audiencia, son acciones que permiten explorar y descifrar hasta en el mínimo detalle los hechos acontecidos que se están investigando. Es por ello que la oralidad, en un proceso acusatorio formal, es pieza esencial del juicio.

El principio de Publicidad, contemplado en el artículo 330 CPP, pretende que se ejerza un control sobre la actividad del ente judicial, al hacerse el debate de manera abierta, en el cual todos procedimientos del mismo serán notorios y manifiestos. La publicidad es el arma contralora

para el cumplimiento del debido proceso con que cuentan los ciudadanos en el orden general, y el imputado en específico.

Al respecto de este Principio, Ferrajoli (1995, p.616) asevera que

> …es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y sobre todo, del imputado y su defensor .

En igual sentido Roxin (2000, p.407), indica que

> Su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia, en fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia y en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyen en el tribunal, y con ello, en la sentencia

Las actuaciones irregulares de jueces y partes, en detrimento del imputado o del ofendido, en un proceso penal pueden ser detectadas y prevenidas si terceros ajenos a la causa observan el juicio y lo comparan con la legislación que lo regula. El cumplimiento cabal con garantías y derechos de las partes quedará en examen constante, y jueces, fiscales y defensores serán evaluados también a la luz de las normas procesales.

La continuidad del debate, amparada por el numeral 336 CPP, es primordial para conservar el contacto ente juez y partes con la prueba producida en debate, a fin de que conserve la inmediatez con la que se ha evacuado. Si las audiencias del juicio se interrumpen constantemente y de manera indefinida, no es factible que la valoración de la prueba sea veraz acorde a lo visto y escuchado en las audiencias, pues los participantes en el juicio podrían incurrir en error acerca de los contenidos probatorios, dado el olvido producto del paso del tiempo.

Apunta Gimeno (2004, p. 641) que

> el juicio oral ha de realizarse con unidad de acto, pues si se efectuara en una multiplicidad de sesiones distanciadas temporalmente, se borrarían de la memoria

> de los Magistrados las declaraciones, impresiones recuerdos que han ocasionado los intervinientes en la prueba. Por esta razón, la oralidad e inmediación judicial exigen que el juicio transcurra con dicha unidad de acto.

La memoria del juez y de las partes es corta, y debe evitarse que el paso del tiempo, sumado a las otras actividades de los actores del juicio destruyan las calificaciones que sobre la prueba evacuada, se han obtenido por todos. Debe recordarse que tanto la defensa como el Ministerio Público deben analizar los elementos probatorios tanto de cargo como de descargo para dar sustento a sus respectivas tesis, y hacer en el transcurso del juicio los ajustes necesarios para llevar a buen fin sus pretensiones. La nebulosa que sobre el contenido de las probanzas arroja el tiempo no es de ayuda para cumplir con esta función, como tampoco facilitan al juez recordar con detalle los puntos de cada prueba que valorará en sentencia.

Como expone Dall´Anese (1996, p. 663),

> el principio de continuidad es una forma de proteger los resultados de la oralidad, inmediación y contradictoriedad. Estos permiten conocer la prueba, examinarla y derivar de ella los elementos de juicio en forma directa por el tribunal y las partes; pero la continuidad del debate hasta su finalización con el dictado de sentencia, pretende evitar el olvido por parte de los juzgadores a fin de que emitan un fallo basado en sus apreciaciones del debate.

Por último, el Principio de Contradicción, procura que se suscite enfrentamiento oral entre las partes en condiciones de igualdad en el juicio, donde acusador y defensor tienen la facultad de cuestionar la posición de su contrario al tiempo que dan validez a la suya propia, cada uno en defensa de los intereses de sus representados, y con el ánimo de que el tribunal resuelva conforme a dichos intereses.

Indica Ferrajoli (1995, p. 613) que el Principio del Contradictorio consiste en:

> la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes

Sin un debate contradictorio, podría el tribunal dar plena razón al primer exponente de los hechos acontecidos una vez que presente su prueba, sin oportunidad alguna apara la contraparte de exponer sus argumentos y fundamentarlos con las probanzas que tiene a su haber. Al haber oportunidad igual para las partes de dar a conocer su interpretación de la manera en que se suscitan los sucesos delictivos que se han acusado, y solo una vez que la totalidad de la prueba aportada por los actores del proceso haya sido examinada y cuestionada por todos, es que toca turno al tribunal para el dictado de la sentencia, pero será ya un fallo informado por la posición de las partes y los resultados de sus respectivas pesquisas sobre el caso.

No debe dejarse de lado el análisis del papel del juez en el juicio penal, el cual igualmente está regulado por una serie de principios que pretenden velar por el logro de sentencias ajustadas a derecho. Siendo el punto central de esta investigación las posibilidades de intervenir activamente en el esclarecimiento de los hechos que tiene el juez, introducir algunos elementos sobre la función del enjuiciador en el debate es de vital importancia.

Debe indicarse, primeramente, que uno de los principios que rige el rol del juzgador es el Principio de Juez Natural:

> Artículo 3.- Juez natural
>
> Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley.
> El juez designado para la resolución de la causa no debe serlo de manera particular, sino al azar, y sin que el mismo tenga vinculación alguna con la causa. Tribunales especiales designados al efecto para la solución de determinados conflictos, no pueden ser instaurados bajo la legislación costarricense.

El papel del juez en el debate, y acogido a la naturaleza del proceso penal, el cual es acusatorio formal, debe atenerse a la imparcialidad, ya que ha quedado atrás el proceso inquisitivo, en el cual el juzgador cumple con el dictado de la sentencia, además de investigar, como se viera ampliamente en el capítulo tercero. El juez, que no debe, en principio, más que resolver aquellos puntos que le son puestos en conocimiento en juicio, debe someterse a un papel imparcial y objetivo para decidir sin tomar particular partido a favor de uno u otro en el

desarrollo del plenario. Un juez con interés especial en la causa, se torna parcial y desnaturaliza su función. Así, Jiménez (2002, p.59) afirma que en "no puede haber un juez parcial, simple y llanamente ni sería en verdad un juez ni sería sustanciado un auténtico proceso, pues los principios de igualdad de armas y de contradicción se verían irremediablemente negados".

A manera de prevención del interés personal del juez en una u otra causa, el CPP establece los procedimientos de excusa y recusación a partir de artículo 55.

Sobre la objetividad del juez, establece el artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6. Objetividad.

> Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento.
> 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.

La importancia del juez imparcial es resaltada en el siguiente voto de la Sala Tercera de Casación Penal:

> La función de juzgar ha sido encomendada en exclusiva al Poder Judicial, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política, y se ejerce a través de los jueces que la Corte Suprema de Justicia designe (artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En resguardo de la objetividad en el desempeño del cargo, se tutelan los principios del juez natural, independencia judicial e imparcialidad
> …. La transparencia que las partes esperan de quienes tienen a su cargo el conocimiento de un asunto, impone el mayor celo en evitar situaciones que debiliten la confianza en la objetividad de las decisiones de quienes administran justicia (Sala Tercera. Res. 413-06 de las 10 horas del doce de mayo de dos mil seis).

Aún cuando se confunden los conceptos de objetividad e imparcialidad (véase Campos, 2005, p 55-56 y Llobet, 2005, TII, p. 100), el espíritu del CPP de 1996 pretende que el juez sea

neutral y equitativo al momento de impartir justicia, sin tomar partido en la investigación ni interferir en ella.

Sin embargo, el Código Procesal Penal mantiene, entre los resabios inquisitivos que se han permitido por el legislador en la reforma de 1996, una serie de potestades del juez que le permiten interferir en la investigación que ha hecho el ente acusador, en aras de buscar la verdad real de los hechos, con lo que compromete a la vez su imparcialidad.

Esta potestad la ampara el artículo 180 del Código Procesal Penal:

> Artículo 180: Objetividad
> 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.

Es así como, a pesar de la objetividad e imparcialidad que se han de desempeñar con la función judicial, los jueces de la República pueden tomar en sus manos las facultades investigativas que estos mismos principios les proscriben. Esta doble posibilidad de actuación se ha denominado en la doctrina nacional como el Impulso Procesal de Oficio, el cual "viene también a incorporarse a la doctrina del nuevo Código, como instrumento eficiente que es, al servicio del Principio de Verdad Real o Material, en el cual, a su vez, se fundamenta" (Castillo, 1992, p.62).

El Impulso Procesal de Oficio es entonces la licencia que el juez del nuevo proceso acusatorio formal costarricense ejerce, en aras de la averiguación de la verdad de los hechos, cuando la actividad de las partes no le satisfaga en este sentido. Disfrazado bajo este nombre de fantasía, el Impulso procesal de Oficio no es sino la huella latente de la mentalidad inquisitiva del legislador, que se resiste a dejar que sean las partes las que resuelvan el conflicto que tienen en sus manos.

Conocido como Investigación judicial autónoma, sobre el impulso procesal de oficio señala Castillo (1992, p.63) que

> La investigación judicial autónoma, no es otra cosa que la idea del impulso procesal de oficio en punto a las pruebas. Significa ella que, siempre tendiendo hacia la Verdad Real, el Tribunal puede, autónomamente, de oficio, ordenar y efectuar los actos relativos a las pruebas demostrativas del hecho sometido a su conocimiento. Se refiere a la potestad de investigación de que está dotado el tribunal. Este debe forzarse a indagar la verdad de los hechos y para ello ordenar lo pertinente

Llamado por Roxin (2000, p.381), Obligación Judicial de Esclarecimiento, afirma este autor que esta permite

> 1.El tribunal investiga los hechos de oficio, y por tanto, no está sujeto a los requerimientos de otros intervinientes en el procedimiento…
>
> 2.El tribunal produce prueba, en principio, sobre todos los hechos de importancia para la decisión…
>
> 3.El tribunal debe agotar todos los medios de prueba que tiene a su disposición, en especial aquellos cuyo aprovechamiento está recomendado por los hechos conocidos hasta el momento…

En fin, a pesar de la imparcialidad a la que se ha de someter el juez, se le permite intervenir de manera activa en la búsqueda de la prueba para dar con la verdad de los hechos acontecidos, a su propio criterio y con amparo en la legalidad de el numeral 180 del CPP. Por ende, no es de extrañar, como se analizará en lo subsiguiente, que se vean regulados tanto el interrogatorio a los testigos por parte del juez, como la prueba para mejor proveer de oficio en el debate.

Sin duda alguna, a pesar del intento de devolver el conflicto a las partes y de las facultades que tanto Ministerio Público como la defensa gozan para fundamentar con prueba sus tesis ante los tribunales de justicia, no dejan nuestros jueces de ser investigadores por su propia cuenta, en causas en las cuales no deben tomar partido.

Llobet (2005d, TII, pp. 308-309), explica esta disyuntiva presente en la función del juez, que se presenta entre la imparcialidad del juez y la obligación de la búsqueda de la verdad real conforme al numeral 180 CPP, de la siguiente manera:

> Lo cierto es que en definitiva el Código Procesal Penal costarricense estableció la facultad de que el juez en forma excepcional tenga una participación activa con respecto a la recepción de la prueba. Debe tratar de buscarse una armonización entre el principio de imparcialidad y el de búsqueda de la verdad, de modo que la intervención activa y oficiosa del juzgador debe tener un carácter meramente excepcional y complementario resultando que a través de esa actuación el juez no puede sustituir al Ministerio Público. Entre el principio de imparcialidad y el de verdad debe darse preferencia al primero de ellos, de modo que cuando la intervención activa del juez lleve a dudar de su imparcialidad, debe abstenerse de intervenir

Conforme con lo que escribe Llobet, si el tribunal encargado de dictar sentencia se ve en la obligación de llegar a suplantar la función del Ministerio Público, dada la raleza de la investigación que este le presente, se rompería la imparcialidad del juez, la cual debe imperar en todo momento.

Esta posición, aún cuando ampara el se mantengan la función inquisitiva del juez de juicio, es adecuada a la aplicación diaria de la ley procesal penal en Costa Rica. Más la disconformidad se da en cuanto a la forma de delimitar cuándo y bajo qué circunstancias es que el tribunal se excede en su función. No hay límites legales claros que estipulen los alcances de la intervención de los jueces en la averiguación de la verdad, sino aquellos contemplados, como se verá más adelante, en los artículos 352 y 355 del CPP. Ni tampoco existe control en el debate, más que las oposiciones de las partes a las actuaciones de los jueces, las cuales podrán ser expuestas hasta en Casación.

Por estas razones, es que parece etéreo el llegar a determinar el límite entre la averiguación de la verdad real y la imparcialidad, debiendo concretarse el análisis a cada caso concreto. Lo ideal, sería que la parte interesada actuase en contra de las extralimitaciones del tribunal propiamente en el debate, para no tener que esperar a la fase de impugnación de la sentencia para obtener respuesta a su demanda a favor del derecho a tener jueces imparciales. Si no se resuelve la disconformidad de la parte en el juicio, será el tribunal de alzada el que se pronuncie sobre los alcances que tuvo la actuación del juez en favor de conseguir la verdad real o a favor de conservar su estado imparcial.

1. La ampliación de la Acusación Fiscal, contemplada en el numeral 347 del Código Procesal Penal

La pieza acusatoria que se presenta en juicio contiene una descripción de los hechos que se vienen a demostrar a debate por parte del Ministerio Público y ante los cuales la defensa planteará su estrategia para responder a la misma. Como es ya conocido, en la etapa de debate se escuchará la prueba de cargo que sustenta esa acusación y la prueba aportada por la defensa conforme con el rumbo que defensor e imputado hayan determinado darle a su posición procesal.

La acusación es el documento que contiene el relato de hechos que conforman el delito que se investiga, y ante los cuales, desde la Audiencia Preliminar, se ha puesto en conocimiento al imputado para que se pronuncie al respecto, en atención a su derecho a la intimación.

Bien define Kohn (2000, p. 54) a este requerimiento fiscal de la siguiente manera:

> La acusación es el acto procesal mediante el cual el Ministerio Público o el querellante adhesivo, en su caso, reclama del Juez Penal, la apertura del Juicio Oral y Público. Este acto tiene como finalidad hacer conocer la pretensión punitiva del Estado o de la víctima, dirigida contra el imputado; y, como contenido central, la fundamentación de la pretensión, con la expresión de los elementos de convicción.

Entonces, la pieza acusatoria ha de contener en su totalidad una descripción del caso que se pretende llevar a la fase de juicio y que se espera demostrar ante el tribunal designado. Esta misma, es la que conocen imputado y defensor, y con la cual planean y prepararan el litigio para debate.

Conforme con el numeral 303 del CPP de 1996, la acusación debe cumplir con los siguientes requisitos:

> Artículo 303.- Acusación y solicitud de apertura a juicio
>
> Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio.
>
> La acusación deberá contener:

> a) Los datos que sirvan para identificar al imputado.
> b) La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya.
> c) La fundamentación de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan.
> d) La cita de los preceptos jurídicos aplicables.
> e) El ofrecimiento de la prueba que se presentará en el juicio.
>
> Con la acusación el Ministerio Público remitirá al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder y puedan ser incorporadas al debate.

Como se aprecia claramente, la legislación procesal penal obliga al ente fiscal a dar al imputado en la acusación toda la información y los fundamentos probatorios en los que basará las acciones que estará ejecutando en debate. Esto, como ya se ha mencionado, y cómo lo corrobora el artículo 316 del CPP, en atención al derecho de imputación que tiene el imputado. Al saber este de la acusación en su contra, podrá sentar su posición sobre la misma.

El Proceso penal costarricense, previo a la etapa de debate, y con base en los artículos 316 y siguientes del Código Procesal Penal, establece la llamada Etapa Intermedia, en la cual se resuelve si la causa acusada por el Ministerio Público será elevada a juicio o no. Según este artículo 316, inicia esta fase del proceso cuando se le pone al imputado en conocimiento la acusación en su contra:

> Artículo 316.-Audiencia preliminar
>
> Cuando se formule la acusación o la querella, aún cuando existan también otras solicitudes o requerimientos, el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días.En la misma resolución, convocará a las partes a una audiencia oral y privada, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días, ni mayor de veinte.

Es en la Audiencia Preliminar donde por primera vez Ministerio Público y defensa se encontrarán frente a frente ante el juez, el cual determinará el futuro de la causa penal: sea que aplique una de las medidas alternas la proceso que prevé la ley, se dicte un sobreseimiento definitivo o se avance a la etapa de juicio.

Dentro de los cinco días que establece el artículo 316 ya visto, y aún en la audiencia preliminar, como señala el artículo 318, debe el Ministerio Público dar a conocer los hechos de la acusación y la prueba, y la defensa alegar lo que considere prudente y aportar los elementos probatorios de descargo:

> Artículo 317.- Facultades y deberes de las partes
>
> Dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo tras anterior, las partes podrán:
> a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales.
> b) Oponer excepciones.
> c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba.
> d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.
> e) Ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación.
> f) Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio.
> Dentro del mismo plazo, las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

> Artículo 318.- Desarrollo de la audiencia
>
> A la audiencia deberán asistir obligatoriamente el fiscal y el defensor, pero si este último no se presenta será sustituido por un defensor público. En su caso, el querellante y el actor civil también deben concurrir, pero su inasistencia no suspende el acto. El imputado y los demandados civiles también pueden intervenir. Cuando la conciliación sea procedente, la víctima de domicilio conocido deberá ser convocada para que participe en la audiencia. El tribunal intentará que las partes se concilien. Si esta no se produce o no procede, continuará la audiencia preliminar.
> Se otorgará la palabra por su orden al querellante, al representante del Ministerio Público, al actor civil, al defensor y al representante del demandado civil. El fiscal y el querellante resumirán los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus peticiones; el actor civil, la defensa y las otras partes manifestarán lo que estimen pertinente en defensa de sus intereses.
> En el curso de la audiencia, el imputado podrá rendir su declaración, conforme a las disposiciones previstas en este Código. Cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario para su resolución, dispondrá la producción de prueba, salvo que esta deba ser recibida en el juicio oral.

> El tribunal evitará que, en la audiencia, se discutan cuestiones que son propias del juicio oral.

Estas dos normas contemplan la idea central de la Audiencia Preliminar, sea, el que las partes involucradas en el proceso expongan de manera oral sus respectivas posiciones frente a las pretensiones de sus contrapartes. Además, en un reflejo de los principios del proceso acusatorio, se informa formalmente al imputado sobre aquellos actos que se considera el mismo ha realizado y que a juicio de la fiscalía constituyen un delito. Al solicitar el fiscal que la causa se resuelva en la fase de debate, los hechos y la prueba que componen la acusación son el sustento de su solicitud de ir a juicio. De esta acusación es que ha tenido noticia la defensa, y ante la cual plantea en la etapa intermedia, los elementos probatorios con los que responde a los cargos del acusador en su contra.

Una vez finalizada la audiencia y en el supuesto que se ordene la Apertura a Juicio, la siguiente etapa que ha de agotarse es la realización del debate oral y público. Con la precedencia de la audiencia preliminar, se garantiza que las partes, la defensa en específico, llegarán a la realización del juicio con total conocimiento de la carga probatoria en su contra, así como con los hechos que en los que se basa el Ministerio Fiscal para llevarlo hasta el plenario.

Por las garantías procesales que protegen al imputado, su derecho a la intimación e imputación, a conocer la prueba y acceder a ella e incluso su derecho a declarar sobre los cargos, ya se han ejercido en un primer momento en la audiencia que da fin a la fase intermedia. Al avanzar hacia el debate, y en resguardo a estas garantías procesales, no debería la defensa encontrarse con cambios sorpresivos en la pieza requisitoria o en la prueba de cargo, pues sin duda se daría una afectación a su estrategia.

Sin embargo, y a pesar de la oportunidad procesal que se tiene en la Audiencia Preliminar para ofrecer nueva prueba y corregir la acusación en lo que se considere prudente por el Fiscal, el artículo 347 del CPP permite que en juicio se haga nueva ampliación de la acusación. Las repercusiones de esta norma sobre el derecho de defensa, serán vistas en lo subsiguiente.

1.1 La ampliación de la acusación fiscal

El debate oral y público inicia con la lectura de la acusación y la querella en caso de haberla (art. 341 CPP), dando seguido la palabra al defensor para que de considerarlo importante se pronuncie sobre la misma, y luego al imputado para que si lo desea, declare sobre los hechos acusados. Esta acusación debe ser la misma que se presentó en la Audiencia Preliminar, de cuyo contenido fuera puesta en conocimiento la defensa y, sobre todo, ante la cual se preparó esta parte para representar los intereses del imputado. Así, indica Kohn (2000, p. 53-54) sobre la pieza acusatoria:

> La Acusación Fiscal profundiza este concepto de manera absoluta: sin acusación fiscal no hay juicio válido (Nemo iudex sine actore). El proceso penal acusatorio deja definitivamente de lado, aquellas formas procesales de origen monárquico y absolutistas, acompañadas modernamente por ideologías poco respetuosas de la dignidad humana, que tienen como resultado una terrible confusión de roles en los operadores del sistema de administración de justicia. El sistema acusatorio no deja duda de que actor es responsable en tal o cual etapa del proceso

Es el fiscal quien presenta la acusación, más con los límites legales y constitucionales atinentes al respeto al derecho de defensa. Por ello, y desde la fase procesal Intermedia, es que el imputado debe conocer formalmente los hechos que se investigan en su contra e incluso la calificación legal que se estima deriva de estos.

Y es que el tinte acusatorio del Proceso Penal costarricense se ve ampliamente reflejado en esta fase: no solo se cuenta en principio con jueces imparciales y objetivos, que no interfieren en la investigación, sino que se garantiza el derecho de defensa en todos sus extremos, uno de los cuales es el conocimiento total del caso y de los cargos contra el imputado. Hay una acusación clara, precisa y circunstanciada presentada por un ente fiscal, la cual, en un proceso con igualdad de oportunidades, es presentada al imputado para que critique la misma en lo que sea necesario para su defensa. "En esta etapa, el proceso, pues, implica un a relación de fidelidad recíproca de las partes, en la cual no haya sorpresas que menoscaben el derecho de defensa", apunta Mejía (1996, p.236).

El juicio en el proceso acusatorio es un plenario para exponer la prueba y que el juez dé por sentada la verdad de una de las versiones que las partes le presentan, sin que exista la posibilidad de variar en ese momento alguno de los factores que se vienen acusando, o como veremos, la prueba que se admitió para debate. Con razón afirma el profesor Binder (1993a, p. 159):

> El principio general es que el juicio no puede resultar sorpresivo para el imputado. El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio, porque, en ese caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa

Sin embargo, y a pesar del intento del legislador por hacer prevalecer los principios acusatorios y el respeto al derecho fundamental de defensa para el debate, el artículo 347 del CPP admite la ampliación de la pieza acusatoria en el contradictorio:

> Artículo 347.- Ampliación de la acusación
>
> Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.
> En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.
> Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

Permite entonces este artículo que en el debate se amplíe la pieza acusatoria, variándose la calificación legal o determinando que se presenta un delito continuado. Esto, sin dar previo aviso a la defensa, la cual queda al descubierto en cuanto a la ampliación que se realice. “Resulta evidente” apunta Dall´Anese (1996, p. 669), “que la ampliación se suma a la acusación inicial, por lo cual el imputado tiene derecho a la suspensión de la audiencia para la preparación de la defensa”, sin que se establezca cuál es el plazo y las circunstancias bajo las cuales se solicitaría

esta pausa del debate. Si bien este punto se retomará en el siguiente apartado, cabe manifestar que se rompe el principio del proceso acusatorio que indica que se tendrá derecho a la imputación, pues el cambio en la acusación se le da a conocer a la defensa hasta el debate, cuando las otras fases procesales han expirado, limitando el ejercicio de sus derechos en tiempo y forma.

No solo en el proceso costarricense está presente la validez de la ampliación o variación de la misma en el debate: El Código de Procedimiento Penal italiano que entra en vigencia el 24 de octubre de 1989, prevé la posibilidad de que el acusador varíe los cargos, en sus artículos 516 al 520. Por su parte, el Código Procesal Penal Alemán, regula la llamada "Modificación de la calificación penal" en el numeral 265 y siguientes, lo mismo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en el artículo 732 y relacionados.

Sobre la variación en la acusación, y conforme Binder (1993a, p. 240), "de ninguna manera se podría ampliar la acusación incluyendo hechos que no tienen un vínculo esencial con el hecho básico, fijado en la acusación o en el auto de apertura". Esto es que, hechos que ni tan siquiera han sido sugeridos en la acusación pueden ser incluidos en la misma, ya que esto sería por completo sorpresivo para la defensa, pues sería de esperar que a raíz de la nueva acusación, se incluya al proceso nueva prueba, de la cual, hasta el momento del juicio no haya conocido la defensa y por ende no haya podido cuestionarla.

A pesar de esta limitación, y visto el artículo 347 del CPP, la posibilidad de ampliar la acusación en debate se ha de considerar que atenta contra el derecho de defensa, por las razones que se verán a continuación.

1.2 Limitaciones al Derecho de Defensa

Para examinar la posición en que queda el derecho de Defensa frente a la ampliación de la pieza acusatoria en debate, se tomará como las resoluciones más significativas que sobre este punto ha emitido la Sala Tercera de Casación Penal.

Tomando en cuenta que ya para la fase de juicio, y desde el inicio del proceso el acusado cuenta con un defensor de su confianza, que llevará a cabo una defensa técnica responsable y que asesorará para su buen ejercicio a la defensa material, en debate se ejercita el derecho de defensa de tres maneras:

Como primer punto, es importante retomar los principales elementos que conforman los contenidos del derecho de defensa. Como se viera en el capítulo segundo, el derecho a la intimación y a la imputación son esenciales en el tanto conforman el momento procesal en que al acusado se le pone en conocimiento de los hechos y calificaciones legales que se le atribuyen por el ente fiscal y el querellante, cuando lo hay.

Ante la imputación, acusado y su defensor proceden a ejercer propiamente el derecho de defensa, rebatiendo los cargos y la prueba que haya en su contra. Surge entonces el segundo "paso" de la defensa: conocer la prueba en su contra, cuestionarla y aportar su propia prueba para descargo. Esto se he venido definiendo como el acceso a la prueba.

Un tercer nivel del ejercicio del derecho de defensa sería la posibilidad de que el acusado declare, si a bien lo tiene, o se abstenga de declarar. Abogado e imputado deben discutir tanto si el segundo se manifiesta y en momento del proceso, así como cuál será el contenido que tendrá su declaración.

Ante los cambios en la acusación, varía si duda el panorama que tenía la defensa cuando inicia el debate. La evolución de las consideraciones que ha tenido la jurisprudencia sobre estos puntos es el tema a tratar.

Sobre el derecho a la intimación, como ya se ha dicho, es el que permite la preparación para el proceso. Una variación en los hechos acusados sin duda variará la estrategia de la defensa en procura de lo mejor para el imputado.

Este derecho a la intimación debe ser respetado a toda costa por los tribunales de justicia, pues el mismo es un derecho fundamental y está instituido en el artículo 347 del Código Procesal Penal. Por ello, es que la resolución 1241-98 de Sala Tercera debe ser objeto de comentario:

> En la secuencia de actuaciones realizadas en la audiencia oral registradas en el acta respectiva, se aprecia que después de que la defensa solicitó aplicar el procedimiento abreviado y tras haber comprobado el a-quo la aquiescencia del imputado y del Ministerio Público con tal medida, el Tribunal, de oficio, inquirió al Fiscal para que "corrigiera" la acusación, "... por cuanto existe un dictamen médico-legal que arroga como resultado que al ofendido las lesiones sufridas le dejó marca indeleble en el rostro, y le dejó una incapacidad permanente del 3% de pérdida de la capacidad general orgánica (sic)..." (confrontar acta de debate, folio 41, líneas 23 a 26). De este modo, se tuvo por ampliada la acusación y se expresó que la calificación jurídica sería robo simple con violencia sobre las personas en concurso material con lesiones graves (confrontar mismo folio, vuelto). Acto seguido, el imputado aceptó los cargos. Bien entendido el procedimiento descrito, significó una ampliación del requerimiento acusatorio. Por ello, a falta de norma expresa en el abreviado y por no ser incompatible con su naturaleza y principios, debió seguirse el rito establecido para el procedimiento ordinario (artículos 347 y 372 del Código Procesal Penal), pues la acusación se extendió a un hecho diverso al que ameritó la apertura a juicio. Esto cobra especial relevancia si se toma en cuenta que el acuerdo previo que motivó la abreviación del proceso, se refería a los *hechos constitutivos del delito de robo simple con fuerza sobre las personas* y no al hecho nuevo que integraba el delito de lesiones graves, de ahí que para que tal hecho sirviera de base a la sentencia, no solo debió integrarse adecuadamente en la acusación, sino que, por la naturaleza del procedimiento abreviado, debió formar parte del acuerdo y para ello, necesariamente el Tribunal debió escuchar de nuevo la decisión de las partes, en aras de satisfacer las exigencias del debido proceso. Sin embargo, en el momento procesal oportuno la defensa no formuló oposición alguna, con lo que - se entiende- aceptó el procedimiento así realizado. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.. Res. 1241-98, de las 9 horas 10 minutos, del 17 de diciembre de 1998)

En este caso, el imputado se había acogido al procedimiento abreviado conforme con el artículo 373 y siguientes del CPP, del cual, uno de los requisitos es aceptar los cargos tal y como los relata la acusación. Tras cumplir con este requisito, se amplía la acusación incluyéndose un hecho nuevo y con ello una nueva calificación legal, y acto seguido el imputado acepta los

cargos. La Sala reconoce este acto como una ampliación de la acusación e indica que debe seguirse el procedimiento del artículo 347 ibidem y no se insta al mismo por el Tribunal. Debe reconocerse la importancia de la llamada de atención que se hace al tribunal sobre el no escuchar de nuevo al imputado sobre el acuerdo de acogerse al procedimiento especial del abreviado con la nueva calificación legal, ya que se insta a la protección del derecho a la intimación.

Más omite este tribunal de casación hacer dos llamadas de atención a los juzgadores: mantener su imparcialidad en cuanto a las pretensiones que tenga el Ministerio Público, ya que se inmiscuye en la decisión que corresponde al Ministerio Público de acusar o no los hechos, así cómo que considera que es válida la ampliación hecha en el tanto la defensa del imputado no se ha opuesto a la misma.

Debe verse que la imparcialidad del juez es, *per se*, parte del derecho de defensa en un proceso mixto de corte acusatorio como el que se ha pretendido instaurar con el Código Procesal de 1996, y en este caso, se deja a la venia del juez la ampliación de la pieza acusatoria, lo que va contra los principios procesales fundamentales. Además, se ampara la legalidad de la actuación de juez y fiscal en la pasividad de la defensora, lo que no valida la intromisión del juzgador en las funciones del Ministerio Público.

Las faltas que cometa la defensa técnica en representación del imputado no deben ser consideradas por el tribunal o la parte como acciones que validen faltas al derecho de defensa, pues este es un derecho fundamental que debe garantizarse en el desarrollo del proceso. Abogado defensor y juez son los llamados a que se de el respeto al ejercicio de la defensa del acusado, y en caso de un mal patrocinio al encartado, puede el tribunal llamar la atención del defensor a este respecto. El silencio de la defensa ante la ampliación de la pieza acusatoria con hechos nuevos no convalida la violación que esto implica para el derecho de imputación y la imposibilidad temporal de preparar la estrategia de la defensa, de cara, en este caso, al proceso abreviado.

Situación similar se presenta en el voto 46-99 de Sala Tercera, en el cual, el tribunal sugiere al fiscal que corrija la acusación, por tener faltas en la redacción:

> Como se puede apreciar, entre lo que dice el acta de debate y lo escrito en el resultando de la sentencia apenas sí hay relación, saltando a la vista, nuevamente, los graves inconvenientes de una redacción negligente e imprecisa, pues bien podría interpretarse, por ejemplo, que el imputado procedió a golpear con sus puños y pies al ofendido, después de haberlo matado. En todo caso, siguen ignorándose las particulares circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho que se pretende atribuir al encartado, lo que obviamente imposibilita un oportuno y adecuado ejercicio del derecho defensa que le garantiza el artículo 39 de la Constitución Política. En el presente caso el Tribunal de juicio prácticamente determinó al Fiscal para que enmendara el yerro ampliando la acusación. Sin embargo, dicho saneamiento resultó ilegal, pues la ampliación de la acusación que autoriza el artículo 347 del Código Procesal Penal se refiere a nuevos hechos o circunstancias que no hayan sido mencionados en la acusación, que modifiquen la acusación legal o integren un delito continuado, y en el presente asunto no se trató de un hecho de tal naturaleza, sino en realidad del hecho concreto propiamente constitutivo o esencial del delito acusado. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 46-99, de las 9 horas 45 minutos, del 15 de enero de 1999)

Igualmente se inmiscuye el tribunal en la función acusadora del Ministerio Público, instándole a reestructurar la pieza acusatoria, lo que el mismo realiza más apartándose de los criterios del artículo 347 del CPP, ya que crea de nuevo la acusación.

Debe verse en este punto que el artículo 347 sólo permite la ampliación de la requisitoria fiscal cuando se trate de implementar un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada de previo, sea, en la fase intermedia y que modifique la calificación legal o integre un delito continuado.

Si bien el numeral 347, en atención al derecho de defensa, permite que se realice nueva imputación de los hechos al encartado e incluso que se de plazo a la defensa para replantear su posición ante las variantes de la acusación (véase así el artículo 265 del Código Procesal Alemán y el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal italiano), lo cierto es que se toma por sorpresa a la defensa en el debate, y debe la misma, en un plazo mínimo, reestructurar su estrategia de defensa, buscar la prueba, ofrecerla ya en esta etapa como prueba para mejor proveer, y en caso de que el imputado desee declarar sobre lo acusado en la ampliación, definir el contenido de su dicho. Con vista en los supuestos de igualdad de las partes en el proceso y el respeto a las garantías procesales del imputado que se retoman con los ideales del proceso acusatorio, la posibilidad de que ya en la fase de debate se cambie la acusación atenta contra el

derecho de defensa, puesto que se causa gravamen a la preparación que para esta fase procesal traen el imputado y su defensor.

Pese a lo anterior, y siendo que el artículo 347 en atención al Principio de Legalidad es plenamente aplicable en los debates, se permite la ampliación de las acusaciones y las querellas por los entes acusador y querellante respectivamente.

Pocas limitaciones a la aplicación de este artículo se han dado. En el año 2003, en resolución 685-03, la Sala Tercera dispone lo siguiente sobre los hechos nuevos a incluirse:

> Debe apuntarse - a mayor abundamiento - que aún si los nuevos hechos o circunstancias permiten fijar la calificación jurídica en forma más gravosa para los intereses de C.S., cabe poner de relieve que ése es un aspecto que no impide ampliar lo acusado, puesto que se deberá recibir nueva declaración al justiciable y las partes tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevos elementos probatorios al efecto, o preparar su estrategia defensiva. Lo anterior destaca, que ampliar la acusación acorde con el procedimiento aplicable en la especie, no obedece en todos los casos a las incidencias del debate, sino más bien, tiene por finalidad ejercer apropiadamente la acción penal y por ende, evitar la indefensión del acriminado. En torno a lo anterior, resta referirse a la interpretación de los Juzgadores, al establecer ellos que el artículo 347 ibídem permite hacerlo - sólo cuando se trate de delitos del mismo género - lo que no se desprende de la citada norma, que en todo caso faculta modificar la calificación jurídica o la integración de un delito continuado, resaltándose que en todo caso lo que se pretende es salvaguardar la debida correlación que debe existir entre lo acusado y lo dispuesto en definitiva, de manera que la decisión no exceda el ámbito de las circunstancias fácticas descritas en el libelo acusatorio. Cabe apuntar también, que sí lo que se pretende es introducir al proceso un hecho diverso o el mismo Tribunal lo aprecie así, resultaría aplicable lo establecido en el artículo 152 del Código Procesal Penal, que al efecto dispone: *"... Si durante el procedimiento, el tribunal conoce de otro delito perseguible, de oficio, remitirá los antecedentes al Ministerio Público..."*. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 685-03, de las 15 horas del 12 de agosto de 2003)

Sobre el contenido de esta resolución cabe destacar que se admite la posibilidad de variar la acusación fiscal aún cuando esto no obedezca a lo acontecido en debate, lo que no se deriva de la lectura del artículo 347, y no resulta de importancia, ya que la defensa tendrá su oportunidad de prepararse. Además, se deriva que el ampliar la pieza fiscal es parte del correcto ejercicio de la acción penal y evita la indefensión. Por último, se remite a la facultad del Tribunal contenida en el artículo 152 del Código Procesal Penal, la cual consiste en que, de haber delitos totalmente

nuevos, se podrá remitir el asunto al Ministerio Público para que resuelva lo que considere prudente. Es criticable, con base en los criterios atinentes al derecho de defensa, la posición de este tribunal de casación en cuanto a que se resuelva la problemática de la nueva imputación de cargos a la defensa con solo permitirle al imputado prepararse. Si bien se atiene la Sala a lo dispuesto en el artículo 347, no se ha consignado en qué forma y bajo cuáles criterios de tiempo es que puede prepararse la defensa, por lo que queda vacío este punto.

El problema sobre el plazo que se debe conceder a la defensa para prepararse se resuelve en el voto 984-03, de las 10 horas 20 minutos del 31 de octubre de 2003:

> La acusación sí puede ser modificada durante la etapa de debate. El artículo 347 del CPP prevé expresamente la posibilidad de ampliar la acusación para incluir hechos nuevos que integran el delito continuado o configuran circunstancias agravantes del delito… Queda por resolver el problema de los defectos de la acusación que no impliquen la inclusión de hechos nuevos configurativos de agravantes o delitos continuados, o que no sean errores materiales o circunstancias que no modifiquen sustancialmente la acusación... Si la corrección de la acusación se hace dando al imputado la posibilidad de declarar y ofrecer prueba sobre los cambios en la acusación, ordenando incluso la suspensión del debate hasta por diez días para preparar la defensa, no hay razón para impedir la corrección de defectos sustanciales de la acusación en la etapa de debate. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 984-03 de las 10 horas 20 minutos del 31 de octubre de 2003)

El plazo de diez días para la preparación de la nueva estrategia de defensa debe pues bastar para que imputado y defensor se dediquen a planificar y ejecutar, en algunos casos, nuevas posibilidades ante la nueva acusación, incluyendo, como ya se ha señalado, el ofrecimiento de la prueba y la declaración del imputado. Sin embargo, el dicho de "*hasta por diez días"* de la Sala resulta coincidente con el plazo de suspensión máxima del debate con forme al artículo 336 del CPP. Entonces, este plazo para la defensa además prevé que no haya posibilidad de anular el debate. En caso de que la defensa necesitara más tiempo que los diez días que aprueba la Sala Tercera, o si en ese plazo no le fue posible dar con la prueba que necesita para afrontar las variaciones en la acusación, impera, en apariencia al menos, los principios de continuidad y de inmediatez ante el derecho fundamental de defensa, ya que el plazo del artículo 336 es perentorio. Cabe señalar que en este sentido, la ley procesal penal italiana muestra un poco más de apertura, ya que el artículo 519 de su Código de Procedimiento Penal establece la posibilidad de dar a la defensa hasta cuarenta días para prepararse en estos casos.

Es importante anotar que la ruptura del principio de inmediatez se presenta únicamente si se ha recibido prueba antes de la suspensión de los diez días, plazo que el legislador ha considerado es el prudente para que las partes y el juez no olviden lo visto y oído en debate. Pero si no se ha recibido prueba alguna cuando la defensa solicita los diez días para prepararse para afrontar las variantes en la pieza acusatoria, el principio de inmediatez no se ve amenazado en forma alguna.

Otra de las críticas a esta resolución es el que se permita la corrección de defectos sustanciales de la acusación, cuando, se interpreta de la lectura de este voto, no se trate de hechos que constituyan agravantes o delitos continuados. Para la Sala, aún fuera de los supuestos del artículo 347, en tanto se permita a la defensa tiempo para referirse a los hechos nuevos de la acusación, se puede proceder a la variación de la misma en debate.

Una nueva interpretación del voto 984-03 es planteada en resolución 1211-04, de las 10 horas 5 minutos, del 22 de octubre de 2004 de Sala Tercera, el cual vale la pena citar en forma amplia (véase en igual sentido de Sala Tercera, Res. 965-04, de las 9:50 horas, del 13 de agosto de 2004 y 1219-04, de las 10 horas 45 minutos, del 22 de octubre de 2004):

> Algunos comentarios se han generado a consecuencia de la posición de esta Sala respecto de la corrección de la acusación en la fase de juicio, en especial a partir de la resolución 984-03. En esta sentencia no se afirma que la acusación pueda ser modificada en forma irrestricta por el Ministerio Público y por todos los motivos imaginables. Incluso la posibilidad de ser corregida cuando contenga algún error tiene sus límites. A manera de ejemplo, la acusación no puede ser sustituida por otra por la simple razón de que al representante del Ministerio Público le desagrade como la formuló otro colega, o incluso él mismo. Sólo cabe la corrección, si ella tiene un defecto sustancial en su formulación, y no simplemente por una cuestión de estilo en la redacción. Por otro lado, cuando se trata no ya de defectos procesales, sino de la inclusión de hechos nuevos, la posibilidad es todavía más restrictiva. Hay una norma expresa que indica que la inclusión de hechos nuevos es posible sí y sólo si: a) modifica la calificación legal –como el caso de las circunstancias agravantes-, b) integra el delito continuado. Si se trata de un hecho nuevo absolutamente diverso, que no modifica la calificación legal, por ejemplo, mediante la inclusión de una circunstancia agravante; o no integra el delito continuado, la acusación no puede ser ampliada (art. 347 del C.P.P.) El Código de Procedimientos Penales de 1973 contenía una norma, que está ausente en el código vigente, que resolvía en forma expresa el punto: "*Artículo 397. En sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior. Si resultare del debate que*

> *el hecho es <u>diverso</u> del enunciado en la acusación, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al fiscal para que formule nueva requisitoria"*. La norma corresponde al artículo 365 del C.P.P. de 1996, pero se eliminó la referencia a los casos en que el hecho es diverso al enunciado en la acusación. Sin embargo, esto no es excusa para no resolver el punto. En los casos en que, a la luz de la prueba recibida en el debate, se demuestre que el hecho es total o parcialmente diverso al descrito en la acusación, lo procedente sería pronunciarse únicamente respecto del hecho descrito en la acusación. Es improcedente ampliar la acusación para incluir hechos nuevos en forma sorpresiva para la defensa, excepto que estos integren el delito continuado, o sean meras circunstancias de agravación de la figura penal básica. En un modelo procesal que, a pesar de la mentalidad inquisitorial prevaleciente en muchos funcionarios, intenta acercarse al paradigma acusatorio, sería resorte del Ministerio Público, y no de los tribunales ni de esta Sala, iniciar la persecución penal en los casos en que se detecten hechos nuevos en el debate –con las excepciones indicadas-. En ese sentido, y dado que es permitida la analogía procesal *in bonam partem*, el Código de Procedimientos derogado nos da una luz sobre el procedimiento a seguir, que en todo caso sería resorte exclusivo del órgano acusador –en este caso del fiscal que participó en el debate-, y no de los órganos jurisdiccionales.
> (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1211-04, de las 10 horas 5 minutos del 22 de octubre de 2004) (el resaltado no es del texto).

Así, se aclara que no es factible la ampliación de la acusación en cualquier supuesto, sino limitada a la letra del artículo 347. Se respeta el criterio de la Sala en cuanto a que ampliaciones irrestrictas del requerimiento fiscal o cambios en la misma por el mero capricho del fiscal, sin duda resultan sorpresivos para la defensa y afectan el ejercicio de sus facultades en la etapa de juicio, como se ha venido sosteniendo. Lo que cabe entonces resaltar en este punto es que, de igual manera, las variaciones en la imputación que sí permite el artículo 347 pueden resultar, por ser imprevistas para el imputado y su defensor y darse en la última etapa del proceso, violatorias del derecho de defensa. La única diferencia es que los cambios que configuren delito continuado o circunstancias agravantes están amparadas bajo el principio de legalidad.

Los criterios más recientes de la Sala no varían notoriamente. Sí pone empeño la Sala en aclarar lo máximo sobre los alcances del artículo 347 del Código Procesal, pero sin hacer mayor pronunciamiento sobre la afectación que per se causa esta norma al derecho de defensa.

En resolución 32-05, y con la intención de aclarar en lo posible los alcances del artículo 347, Sala Tercera refiere la interpretación del mismo a la luz del verbo "modificar":

> A esto habría que agregar, que la confusión en cuanto al punto se genera por el significado equivocado que se le ha querido asignar al término *modificar*, presente en el artículo 347 del Código Procesal Penal. El diccionario de la Real Academia Española contiene las siguientes acepciones para el término *modificar*: *"... transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes. 2.Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material."* (Diccionario de la lengua española, Madrid, Real Academia Española, 21ª edición, 2001, p.1520). Con lo que debe entenderse que solamente se puede modificar algo que existe previamente, pues resulta imposible modificar, transformar o cambiar cualquier elemento de algo, si esto no preexiste. En este último caso, cualquier operación que se realice sobre una sustancia, concepto o idea no implica modificar, sino "crear" o sea: *"Producir algo de la nada...2.Establecer, fundar, introducir por vez primera algo..."* (Diccionario de la lengua española., Op. Cit. p.679). En lo que se refiere a la ampliación de la requisitoria fiscal que autoriza el artículo 347 citado, el hecho nuevo o la nueva circunstancia que se incluye debe cumplir con los requisitos fijados en ese numeral, es decir, que debe *modificar* (y no crear) una calificación legal original, o bien debe integrar un delito continuado. Un hecho nuevo puede *modificar* una calificación legal, solamente en aquellos casos en que la acusación sobre unos hechos concretos preexiste. Para poder *modificar* la acusación sobre unos hechos concretos y su calificación legal, se requiere que ésta preexista, pues en caso contrario el hecho nuevo no modificaría, sino que crearía una nueva acusación y una nueva calificación, lo que se ha considerado que afecta el derecho de defensa. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 32-05, de las 10 horas 5 minutos, del 28 de enero de 2005).

Así, el cambio que sufra la acusación en debate no debe ir más allá de su propia sustancia, la cual al menos ya es conocida por la defensa antes del juicio oral y público, por lo que la imposición de hechos nuevos que lleve a cambios en el relato y en la fundamentación de la requisitoria no han de ser admitidos por el tribunal. El ejemplo seguido explicita el enfoque de este tribunal de casación:

> … Sin embargo, en el transcurso del debate, como ya se ha indicado, se realizó una variación de la acusación con la cual, aparte de ese hecho originalmente planteado de que el imputado introdujo su pene en la boca del menor ofendido, se acusó además como hechos nuevos, que el ofendido se hizo acceder oralmente introduciendo el pene del menor en su boca y se varió el momento en que supuestamente sucedieron los actos de masturbación (originalmente acusados como actos previos), describiéndolos como actos posteriores a los de violación. Con base en la acusación modificada, el Tribunal tuvo por probado que el acriminado: 1. *"...extrajo su pene y lo introdujo en la boca del menor para que se lo mamara"*; 2. *"Seguidamente se hizo acceder vía oral, introduciéndose el pene del menor en su boca, practicándole sexo oral al menor..."*; y 3. *"Por último, hizo que el menor lo masturbara con la mano."* (para todo folio 266). En lo que más interesa en relación

> con el motivo incoado por el acriminado y por su defensa, debe decirse que tanto el segundo, como el tercer hecho citados, fueron el resultado de una ampliación ilegítima de la acusación debido a que en relación a los hechos originalmente acusados no integran el delito continuado, ni agravan la figura penal básica. En este caso, no existió una *modificación* de la acusación y de la calificación legal original mediante hechos nuevos (como hubiera sido posible, a modo de ejemplo, si los hechos nuevos incluyeran una agravante en la figura básica), sino que en realidad *se creó* una acusación completamente nueva en lo que toca a los últimos dos hechos. La ampliación de la acusación hecha en debate, y su aceptación por parte del Tribunal, contraviene lo dispuesto en el artículo 347 del Código Procesal Penal. El artículo 175 del mismo cuerpo legal dispone, que: "*no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas... en este Código"*. Esa ampliación ilegal de la acusación no puede servir como presupuesto de la sentencia, de manera que la parte del fallo que tiene como marco los dos hechos nuevos antes descritos, así como cualquier pronunciamiento sobre los mismos, debe ser anulada y consecuentemente considerada como inexistente. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 32-05, de las 10 horas 5 minutos, del 28 de enero de 2005).

Se puede entonces afirmar que el tribunal de juicio no debe permitir que se varíe la relación de hechos de tal manera que se conforme una nueva acusación, esto por cuanto desnaturaliza la totalidad del proceso que se ha llevado hasta ese momento.

Interesa también la llamada de atención hacia los jueces participantes en el debate, ya que al no poner freno a la actuación del Ministerio Público, el mismo coopera con los abusos que contra la defensa se están cometiendo.

No desconoce la Sala la importancia de la imputación de los hechos de la acusación para el ejercicio del derecho de defensa. Sobre la imperiosidad de que el acusado conozca los términos bajo los cuales se le investiga y la prueba en su contra, se ha planteado lo siguiente:

> Resulta claro entonces, que el inculpado debe –dentro de un plazo razonable para ejercer su defensa- conocer la hipótesis que maneja el ente acusador, así como también la prueba que existe en su contra, pues esa resulta ser la única forma de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. Esta Sala de Casación ha establecido que la intimación es un acto que goza de una formalidad tal, que constituye un requisito *sine qua non* para proceder al traslado de la acusación que formula el órgano requirente: *"Ahora bien, la imputación (e intimación) que realiza el Ministerio Público cuando el justiciable comparece a declarar es formal,*

> *aunque insuficiente para satisfacer la exigencia de una acusación formulada por escrito que delimite con entornos precisos la conducta reprochada y permita celebrar el debate. Es formal por constituir un acto solemne que se practica ante un funcionario con competencia legalmente establecida; se documenta por escrito; establece en definitiva y sin ninguna duda el carácter de imputado de la persona que declara; se le intima de los hechos que se le imputan y de las pruebas que existen en su contra; se le dota de defensa técnica y de la posibilidad de manifestar cuanto considere oportuno y ofrecer las pruebas pertinentes y adquiere ya la condición inequívoca de sujeto procesal con todas las facultades, cargas y derechos inherentes a ella. Tan formal es el acto que la ley lo requiere como presupuesto indispensable para que pueda darse traslado a la acusación escrita ante el tribunal del procedimiento intermedio (artículo 309 del Código Procesal Penal).*" (El subrayado es suplido. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución número 35-03, de las 8 horas 45 minutos del 31 de enero del 2003. Ver en este mismo sentido, resolución 1272-02, de las 10:15 horas, del 13 de diciembre de 2002 y 632-02, de las 9: 20 horas, del 28 de junio del año 2002). (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1371-05, de las 9 horas 6 minutos, del 5 de diciembre de 2005).

Por ello, no es válida la presentación de la acusación hasta tanto no se cite al imputado a rendir su declaración y en ese acto se le intime de los hechos. Es el primer momento formal en el que tendrá éste la posibilidad de conocer las probanzas de cargo y ofrecer la prueba que le beneficie, así como de preparar su defensa. Posterior a ello, la presentación de la acusación antes de la Audiencia Preliminar, permite que la defensa plantee por escrito y de manera oral en la audiencia misma, las oposiciones y pruebas que considere conveniente. De la etapa intermedia, como ya se ha indicado, resultan la acusación y la posición de la defensa que irán a enfrentarse en debate.

Continúa la decisión de la Sala Tercera de la siguiente manera:

> Si bien la jurisprudencia ha puntualizado en relación a la necesidad de intimación previa al acto de traslado de la acusación, tal y como lo establece el artículo 309 del Código Procesal Penal ("*la acusación o la querella no se trasladará al tribunal del procedimiento intermedio, si antes no se le ha dado oportunidad al imputado de rendir declaración"),* lo cierto es que, partiendo de una interpretación sistemática tanto de las garantías judiciales establecidas en el Pacto de San José, como de la Constitución misma, debe entenderse que esa declaración debe ser recibida por el Ministerio Público desde el momento en que existe *"motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible",* en los términos que reza el artículo 91 del Código Procesal Penal, pues esa es la única forma de lograr que ese derecho de defensa tome vida dentro de un proceso penal de corte acusatorio. Lo contrario equivaldría a permitir que el Ministerio Público

> investigue y acuse a espaldas del imputado, convirtiendo en nugatorio su derecho de defensa dentro de la fase preparatoria del proceso, vicio cuyo saneamiento resulta improcedente por tratarse de un defecto absoluto concerniente a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece y que además implica *"inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley."* (ver artículo 178 inciso a del Código Procesal Penal.) … Así las cosas, es indiscutible que la actuación del Ministerio Público constituye un vicio grosero que lesionó un derecho fundamental del imputado, lo que evidentemente le causa un perjuicio, al habérsele privado de sus más elementales derechos como acusado. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1371-2005, de las 9 horas 6 minutos, del 5 de diciembre de 2005)

Aún cuando esta resolución se refiere específicamente a la ilegalidad de presentar la acusación sin haber sido intimado el encartado, aplica analógicamente, y en protección al derecho de defensa, al abuso que se comete al ampliar la acusación en debate. Véase que la Sala reacciona positivamente a favor del imputado, ante el desconocimiento en que se encuentra la parte acusada, cuando no ha sido debidamente instruida sobre los hechos que se investigan en su contra. Los argumentos de la Sala van sobre el derecho que tiene el encartado de conocer la prueba en su contra, y los elementos fácticos que esta sostiene. Una vez dada la intimación, es que esta parte puede actuar de manera reactiva y desplegar las acciones apropiadas para sentar su estrategia de defensa.

Sin embargo, cuando de la aplicación del artículo 347 del Código Procesal Penal se refiere, no se hace crítica alguna no solo a la posibilidad de variar la calificación legal en caso de agravantes o en presencia de delito continuado, sino que tampoco se cuestiona la posibilidad de indefensión del encartado ante estas variantes.

Ante la nueva imputación que se realiza en debate, con base en el artículo 347, cuenta la defensa con un plazo de diez días, para que se prepare y aporte la prueba pertinente. Parece que el legislador, con esta concesión a la parte acusada, pretendió sanear cualquier falta contra los derechos fundamentales del imputado y sostener así el espíritu acusatorio del Código. No obstante lo anterior, la ampliación de la acusación en la fase de debate también transgrede el derecho de defensa, por cuanto, ya en el plenario, la parte final del proceso, y ante el cual defensor e imputado han preparado, a veces por lapsos largos de trabajo, su estrategia, se cambia la acusación y debe esta parte, de manera intempestiva, responder ante el nuevo planteamiento del Ministerio Público.

Acorde con el sistema inquisitivo, es que se validan estas limitaciones al inculpado, ya que lo convierte en un objeto del proceso, al limitarle legalmente el ejercicio de su defensa.

Es hasta la resolución 375-05 del 6 de mayo de 2005, que la Sala considera no solo que las variaciones en la acusación no pueden tornar la misma en una nueva pieza acusatoria, ya que operan como límite legal y constitucional los derechos del imputado, sino que el plazo de diez días no es suficiente para sostener una nueva defensa:

> … también ante *una evidente deslealtad procesal en el actuar de los representantes del ente acusador*, amparada por el Tribunal de Juicio, que es sorpresiva para las otras partes y que *los coloca en un estado de indefensión*, lo cual no se puede subsanar con la simple suspensión de debate por diez días, pues una cosa es ser informado y convocado a juicio para prepararse, pasando por las diferentes diligencias y etapas que se ocupan para ello, y otra que, ya en pleno debate, por un criterio antojadizo, arbitrario y sorpresivo del titular de la acción penal, se les informe a los interesados que el cuadro de hechos que se va a juzgar es otro y no el que habían conocido y discutido previamente. Toda esta situación, sin duda alguna, como ya se adelantó, constituye el defecto que se acusa, toda vez que el Ministerio Público no podía suplantar la acusación inicial por una totalmente distinta, ya que esto no constituye ni la ampliación de la requisitoria fiscal que se prevé en el artículo 347 de la normativa procesal penal, ni la corrección de errores o inclusión de circunstancias que se prevé en el numeral 348 de esta misma normativa (conforme se indica en los votos No. 965-2004 y No. 1211-2004). Con este proceder se violenta, en consecuencia, no solo el principio de congruencia entre lo acusado y lo resuelto, sino también el derecho de defensa y el debido proceso…
> No bastaba además, como lo estimaron los Juzgadores en debate, la lectura de un nuevo cuadro fáctico, distinto al anterior (y que se presentó con la nueva solicitud de apertura a juicio que se agregó al expediente a folio 661 y siguientes), *era indispensable que durante la tramitación de la causa se cumpliera con todas las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico con el propósito de que se ejercieran los derechos respectivos*; entre los que se encuentra, el ser informado de la existencia de una acusación con todas las exigencias dispuestas en la ley. Estas garantías y derechos no sólo se encuentran recogidos en nuestra normativa interna, sino también en la de orden internacional, como lo es la "Convención Americana Sobre Derechos Humanos", en donde se encuentra regulación expresa al respecto. De manera específica, en el artículo 8 se establece el derecho de toda persona a ser oída, *con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, ante la sustanciación de cualquier denuncia o hecho de naturaleza penal que se presente en su contra (Art. 8.1). Asimismo, se prevé el derecho, en plena igualdad, de una "*una comunicación previa y detallada*" de lo que se le acusa (Art. 8.2.b) y de una "*concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa*" (Art. 8.2.c). Estas

> posibilidades sin embargo, más que limitarse, fueron negadas o cercenadas desde el mismo momento en el que se rechazó la actividad procesal defectuosa que interpuso insistentemente la defensa. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 375-05, de las 10 horas, del 6 de mayo de 2005) (En igual sentido Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 999-05, de las 9 horas 30 minutos, del 2 de septiembre de 2005 y 245-06, de las 15 horas 30 minutos, del 27 de marzo de 2006)

Por último, en cuanto a las variaciones en debate, la resolución 330-06 de Sala Tercera especifica que, si bien en atención al voto 375-05 y los subsiguientes no debe haber variaciones totales de la acusación o de los delitos acusados para evitar la indefensión, debe hacerse la diferencia con aquellos casos en los que solo pretende el Ministerio Fiscal ampliar la acusación para especificar en tiempo y lugar, por ejemplo, los hechos que ya conoce la defensa, sin que estos sean nuevos:

> De tal forma, esta Sala concluye en primer lugar que no se está en presencia de dos acusaciones distintas, sino que prevalece aquella acusación donde se corrigieron los errores materiales prevenidos por la Jueza de la etapa intermedia, igualmente se determina que el imputado no queda en ningún momento en un estado de indefensión, puesto que él mismo conocía de los hechos que se le imputaban con anterioridad en razón de que no cambian sino que se precisan las circunstancias de tiempo y número de veces, sin variar la acción típica, sin que se aumenten las acciones imputadas, al contrario, se limitan a efecto de garantizar el derecho de defensa. En cuanto al voto 375-2005 emitido por esta Sala, existe un error de interpretación por parte del Tribunal de Juicio, y del cual esta Sede hace una breve referencia en lo que interesa. Efectivamente, se mantiene el criterio de la imposibilidad de realizar una variación sustancial de los hechos *en la etapa de juicio*, como sucedió en ese caso, donde con la finalidad de solventar los defectos contenidos en la acusación, el Ministerio Público procede a sustituir la pieza acusatoria con otra diferente, situación que evidentemente causa indefensión, al quedar un marco fáctico totalmente distinto al planteado con anterioridad. Sin embargo, en el caso sub júdice las condiciones presentadas son totalmente distintas, en primer lugar porque los defectos de la acusación presentada por la fiscal, fueron debidamente constatados por la Jueza de *la etapa intermedia*, la cual previene al órgano acusador para que este los corrija, justificando que los errores presentados no constituían defectos absolutos, ya que eran aspectos de precisión en cuanto a las circunstancias temporales. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 330-06, de las 9 horas 25 minutos, del 28 de abril de 2006)

Cabe agregar que, en resolución 965-04, la Sala Tercera traslada al juez la responsabilidad final de determinar si procede o no la ampliación de la acusación en procura de evitar la indefensión cuando el Ministerio Fiscal solicite la ampliación de la requisitoria:

No es posible que si el fiscal ha tenido a cargo la investigación, ha ido instruyéndose de los hechos a través de la dirección funcional de la policía y llega incluso a culminarla con la detención de los involucrados, no pueda formular una acusación clara que determine a quién y qué se imputa a cada uno, de cara a los hechos que acusa, a los tipos penales cuya aplicación se pretende, pero en todo caso, del material fáctico que constituye el núcleo de la pretensión punitiva –el objeto del proceso-. Y definitivamente deben correlacionarse varios aspectos cuando se valora si estamos *i)* frente a una imputación clara y precisa; *ii)* a una corrección de errores formales o no esenciales de la acusación y *iii)* frente a una variación sustancial. Estos aspectos trascendentales son *i)* el tiempo o etapa procesal en que la modificación o variación se da; *ii)* las posibilidades reales de defensa que tal modificación permite; *iii)* el equilibrio de fuerzas procesales de cara a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y de buena fe al litigar y su estado a raíz de la modificación que se hace…

Si el Ministerio Público no atribuyó en forma directa, clara y precisa la conducta a una persona y se llega a la audiencia preliminar sin que ello se corrija y advertido el defecto en debate aún así éste se mantiene, no podrían los juzgadores "integrar" la acusación y enmendar de oficio ese defecto, so pretexto de que con la prueba evacuada en juicio y sometida al contradictorio se despejó el punto, porque ello lesiona las posibilidades reales de defensa del acusado, delimitadas precisamente por la imputación e invade campos propios del ejercicio de la función acusadora, encomendada legalmente a otro sujeto distinto del juez, por lo que destruye el equilibrio de fuerzas en el proceso, basado en el respeto de las reglas del juego por cada uno de los actores y en su buena fe al litigar. Finalmente, en el último de los precedentes relevantes en este tema, la resolución 984-03 de las 10:20 horas del 31 de octubre último, la Sala pone, "en abstracto" el acento en el derecho de defensa. Se dice *en abstracto* porque en realidad el tema base de ese asunto se resolvía simple y llanamente por los principios del numeral 347 del Código Procesal Penal, que facultan la ampliación de la acusación originalmente formulada, para, en juicio, introducir una nueva circunstancia, que agrave la figura o permita integrar el delito continuado, y en el caso concreto se trataba justamente de la introducción de una circunstancia agravante, con el mismo material fáctico y probatorio que ya constaba en el proceso. Sin embargo, como se indicó, la Sala hizo consideraciones generales respecto del tema y en ellas puso el acento únicamente en el derecho de defensa y sus posibilidades, pero -se insiste- tratando el tema *en abstracto* y sin relacionarlo expresamente con las variables de la etapa procesal y del equilibrio de fuerzas en el proceso y la buena fe al litigar, que contribuyen a fortalecer la dimensión del análisis que indiscutiblemente tiene como centro al derecho de defensa. Por esa razón pareciera que a este último precedente se le ha dado un alcance y una interpretación que no es la pretendida y precisamente porque sus consideraciones no estaban vinculadas a la solución de un caso concreto, se ha favorecido una lectura que no corresponde con los principios que la Sala ha querido sentar en esta materia. Es claro que las correcciones de elementos y circunstancias no esenciales de una acusación está incluso prevista y autorizada por el legislador en el artículo 348 del Código Procesal Penal, al señalar que "*La corrección de simples errores*

> *materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación de la acusación o la querella*". Sin embargo, vemos que no se describe qué es un simple error material o qué se entiende por "*modificación esencial*". Simplemente se permite corregir lo que no provoque esas situaciones, pero el acento está claramente puesto en el derecho de defensa: "*que no provoque indefensión*", de manera que traslada al juzgador la valoración de cuándo se lesiona este derecho y por eso es que deben tenerse presentes no sólo las prerrogativas que se analizaron supra y que son las que autorizarían la lesión a un derecho fundamental, sino las tres variables recién expuestas, sin cuya consideración no podría adquirir una dimensión correcta el análisis de si se lesiona realmente el derecho de defensa, cuánto, de qué forma y en qué medida y si ello resulta permisible o no, tolerable o no de conformidad con las reglas que el sistema procesal define, pero especialmente, que el Constituyente ha diseñado en forma general. Y la lectura de estas consideraciones, hecha correctamente, debe llevar a interpretar que la Sala no puede, ni quiere sentar reglas específicas, porque esta materia debe resolverla el juzgador en cada caso concreto, el compromiso del juez está precisamente en ponderar las prerrogativas y las variables que se han expuesto *y eso sólo puede hacerse a partir de cada caso concreto, sus matices y particularidades*, sin que puedan sentarse reglas generales que vayan más allá de lo que hasta aquí se ha señalado. Más diáfana es la solución respecto de las posibilidades de introducir a la imputación, una circunstancia agravante o que integre el delito continuado pues también está prevista legalmente, como se señaló, en el artículo 347 ya citado. Incluso, mayor orientación se da para valorar el tema, cuando el sistema introduce la novedad de la acusación alternativa o supletoria, en una clara apuesta por la buena fe al litigar, por exponer sin trampas ni subterfugios todas las cartas sobre la mesa –artículo 305 ibid-, porque es muy transparente y directa la tutela del derecho de defensa que se vislumbra en esta previsión normativa, complementada aún más por la posibilidad que establece el artículo 346 ejusdem, según la cual los juzgadores, si advierten una variación en la calificación jurídica que no ha sido considerada por las partes, la señalan a la defensa, para que "*se prepare adecuadamente*". Estas normas, unidas a las de principio que se recogen en los numerales 2, 6, 12, 13 y 127 del Código Procesal Penal y a los principios constitucionales extensamente razonados a lo largo de esta resolución, son las que deberán servir de orientación para resolver los problemas que se relacionen con la imputación y el derecho de defensa y cuya labor corresponde indiscutiblemente al juzgador en cada caso concreto. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 965-04, de las 9 horas 50 minutos, del 13 de agosto de 2004) (En igual sentido véase de Sala Tercera Res. 167-05, de las 9 horas 40 minutos, del 11 de marzo de 2005) El resaltado no es del texto.

Cada caso debe ser analizado por el tribunal de juicio, quien dará la última palabra respecto a si procede o no la modificación a la pieza acusatoria, dando Sala Tercera los lineamientos básicos para que se valoren estas modificaciones, sea, el respeto a los principios procesales y el derecho de defensa, en contraposición con lo que solicita el fiscal y las

actuaciones previas que este tuviera a lo largo del proceso para justificar la variación en la acusación. Tampoco puede el tribunal, aclara la resolución, llenar los vacíos de la acusación con prueba testimonial o documental traída al debate, pues perdería la imparcialidad que debe caracterizar su función. Este punto es retomado en resolución 331-06, de las 9 horas 30 minutos, del 28 de abril de 2006:

> Con buen tino, el Tribunal de instancia señala además, que por responder la legislación procesal penal vigente al paradigma acusatorio, le está vedado corregir de oficio la acusación para arribar a una condenatoria distinta, en detrimento de los derechos del justiciable y vulnerando los principios y doctrina que informan el debido proceso penal. Efectivamente, no le corresponde suplir las deficiencias que se presenten en la pieza acusatoria y menos en la fase de juicio, pues a quien le corresponde definir el marco fáctico y el objeto del proceso es al promotor de la acción penal y toda intervención de los Juzgadores en tal actuación, además de comprometer la correlación entre acusación y sentencia, vulnera el principio de imparcialidad del juez, como lo ha reconocido esta Sala en los votos # 965, de las 9:50 horas del 13 de agosto de 2004, #167 de las 9:40 horas del 11 de marzo de 2005, #375 de las 10:00 horas del 6 de mayo de 2005 y #1277, de las 10:35 horas del 14 de noviembre de 2005, entre otros. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 331-06, de las 9 horas 30 minutos, del 28 de abril de 2006)

La actuación del juez de juicio sobre la ampliación de la pieza requisitoria debe limitarse a permitirla o no, dependiendo de las consecuencias que las variaciones vayan a tener sobre el derecho de defensa del encartado. Hechos nuevos que no se han relatado en forma alguna en la acusación desde la Audiencia Preliminar, que a su vez se sustentarán en prueba nueva, no deben ser admitidos, por que, a pesar de los plazos que se otorguen a la defensa para prepararse, resulta la indefensión de la imposibilidad de adecuar toda la estrategia de defensa que se ha llevado por meses, a unos pocos días de preparación para afrontar la nueva acusación. En principio, no debe intervenir el tribunal en subsanar los errores de la requisitoria que ha presentado el fiscal para el juicio, puesto que transgrede los deberes de imparcialidad y objetividad que la ley le impone, sin más tener más arma la defensa que recurrir en casación.

Sin embargo, todos estos criterios responden a meras interpretaciones de la jurisprudencia de Sala Tercera, ya que la redacción del artículo 347 del Código Procesal penal es en extremo amplia y se presta para la comisión de abusos contra los derechos del imputado.

A primera vista parece inofensiva la norma para el ejercicio del derecho de defensa, pues no solo se le impone de los cargos al acusado, sino que cuenta con un plazo para preparar la nueva estrategia de defensa. Además, el numeral 355 le permitiría ofrecer nuevas probanzas que sean necesarias para sostener sus intereses en juicio.

Pero el corte inquisitivo de la norma y la flagrante violación al derecho de defensa son evidentes y contrarios a los principios que dan forma al nuevo proceso penal. Es inquisitiva la ampliación de la acusación ya que, como característica del proceso de esta naturaleza, tiene al imputado como un objeto y como tal, no se le reconocen sus derechos procesales. El secreto y la sorpresa en la imputación que caracterizan al proceso inquisitivo están latentes en el artículo 347, ya que es hasta la fase de juicio, la última del proceso penal, antes de la sentencia, la de mayor importancia pues en esta es que se expondrá, en su totalidad, la tesis del acusador frente a la de la defensa, y se atenderán las pruebas que ambas partes han preparado durante todo el proceso, cuando el acusador se permite variar la acusación.

A pesar de los intentos de la norma de dar oportunidad a la defensa para prepararse y de limitar los cambios a calificación jurídica y delito continuado, la afectación al derecho de defensa se da irremediablemente, puesto que se pretende que, en un plazo no mayor de diez días, se resuelva por parte del defensor y su representado cuestiones que han tomado meses desde que se conoció la acusación en la Audiencia Preliminar. Buscar pruebas, preparar una nueva declaración del imputado como ejercicio del derecho de defensa material, y reestructurar todo el plan de la defensa en general frente a la acusación, plan que originalmente se ha estudiado por semanas, en un plazo restringido y habiéndose dado ya la oportunidad al acusador de preparar su estamento acusatorio en la Etapa Intermedia, dejan sin igualdad de armas al imputado en la fase de juicio, por lo que el contradictorio no será igualitario. El poder punitivo del Estado, representado en la figura del fiscal, se ensaña contra el acusado en la última oportunidad del proceso oral para enfrentarse a la acusación, y lo debilita al cambiarle súbitamente las reglas del juego.

El simple análisis del artículo 347 permite criticarle lo anterior. Ha sido la jurisprudencia de los Tribunales de Casación, especialmente de Sala Tercera la que ha venido a delimitar el ámbito de aplicación de este numeral, más, sin desmerecer las opiniones de la Sala de Casación,

las mismas igualmente se basan sobre la letra de la norma, la que como ya se indicara, en su esencia y sin necesidad de explicarla o limitarla, o incluso ponerla en práctica, afecta el derecho fundamental del derecho de defensa.

Puede proponerse una opción de reforma de ley que beneficia en un todo al Derecho de Defensa: la derogatoria del artículo 347 del CPP. Este paso impediría, como ya se ha indicado, violentar el derecho de imputación así como el derecho de preparar la defensa y conseguir las pruebas que se requieran por el imputado. Al evitarse en debate cualquier cambio en los hechos que se han acusado desde la Etapa Intermedia, y que pudieron se variados en la Audiencia Preliminar conforme con los artículos 317 y siguientes del Código Procesal, el imputado y su defensor no son tomados por sorpresa.

Esto conlleva a garantizar al máximo el derecho a conocer los hechos de que se le acusan para preparar conforme a estos la defensa, incluido, claro está, el ofrecimiento de la prueba de descargo.

Además, al imposibilitársele al fiscal y al querellante (de haberlo), el ampliar la pieza acusatoria en juicio, el Ministerio Público se centrará por fuerza en investigaciones más profundas y elaboradas en las etapas previas al Debate, y como resultado de lo anterior llegarían a juicio solo los asuntos que realmente lo ameriten.

Sin embargo, de mantenerse vigente este numeral, la redacción del mismo puede establecerse así:

> Artículo 347.- Ampliación de la acusación
>
> Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querella, *que modifica la calificación legal básica agravando la misma, o integra un delito continuado.* En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación. *No podrán incluirse hechos o circunstancias nuevas que varíen por completo la acusación o que no constituyan agravantes de la figura penal originalmente acusada o delito continuado.* En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, *se informará a la defensa sobre las variaciones en la pieza acusatoria. El imputado y su defensor podrán solicitar la suspensión del*

> *debate por un plazo de diez días hábiles para preparar la defensa, rendir nueva declaración y aportar la prueba que consideren prudente. Si este plazo no le fuere suficiente, podrá ampliarse el mismo hasta por diez días hábiles más, tras solicitud fundada de la defensa en la audiencia siguiente. Durante estos períodos, quedará suspendida la prescripción.*
> Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

La aclaración sobre las causas que permiten la ampliación de la acusación, así como del tipo de hechos nuevos que no se admiten, se hace necesaria para evitar las confusiones que se han dado en la práctica y que la jurisprudencia ha tratado de descifrar. Esto se hace necesario, por cuanto ya se ha visto que los criterios de la jurisprudencia varían en cualquier momento y sin aviso previo. Además, y con la intención de respetar el derecho de imputación, solo agravantes de la figura penal acusada o delito continuado de la misma se admiten dentro de las variaciones de la pieza fiscal de manera expresa.

Por su parte, corresponde a la defensa decidir si desea la suspensión del debate para preparar alguna nueva estrategia o aportar pruebas que le descarguen de la agravante o del delito continuado. Es importante mantener esta potestad del defensor y acusado, pues no en todos los casos los mismos considerarán oportuna o necesaria la suspensión del debate. Debe recordarse que corresponde a estos valorar su posición frente a los hechos acusados, y por ende determinar si desean plazo para entrar a revalorar su tesis de defensa.

Si la defensa solicita la suspensión del juicio, se determina entonces que el mismo, inicialmente, responderá a un período de diez días, conforme con el artículo 336 del CPP, que admite, en procura de los principios de inmediatez y celeridad procesal, la suspensión del juicio por ese período de tiempo.

Como excepción al plazo máximo de suspensión del numeral 336 ya citado, se establece la posibilidad de que, bajo solicitud fundada de la defensa, el tribunal acceda a suspender de nuevo hasta por otros diez días.

Aquí pareciera se presenta un conflicto entre los principios procesales asegurados por el artículo 336 y el respeto y garantía a los contenidos del derecho de defensa. Más el enfrentamiento no es tal: Si bien es cierto que se atrasa el desarrollo del contradictorio más del plazo de ley, no puede a raíz de ello sacrificarse el derecho del acusado de preparar debidamente su defensa y con ello garantizarle el pleno ejercicio de este derecho fundamental.

Para no afectar al resto de las partes del proceso, si la defensa necesita más de diez días para afrontar las variaciones de la acusación, debe solicitar el nuevo plazo exponiendo en la audiencia de manera oral las razones para ello. Sin caer en una revelación de su estrategia de defensa, abogado y acusado deben informar las causas de la utilidad de otro período de suspensión para prepararse. Toca lógicamente al juez determinar si concede este plazo, tras escuchar los motivos de la parte imputada.

En caso de que efectivamente la defensa ocupe más tiempo para llevar a cabo el sustento del descargo y el juez no se lo conceda, tendrá la defensa que protestar en su momento y darlo a consideración del tribunal de casación que corresponda.

Por último, se propone expresamente la suspensión del plazo de prescripción de la causa en el tanto se esté sujeto a los plazos que se le otorgan a la defensa para responder las variantes en la acusación. Lo anterior con el ánimo de para evitar que se caiga en el uso de esta facultad como táctica dilatoria, puesto que no se debe dejar de lado el interés estatal y privado de la persecución penal y en aras de proteger el principio de justicia pronta y cumplida.

1.3. La víctima frente a la propuesta de reforma del artículo 347 del Código Procesal Penal

Debe cuestionarse si la propuesta de refirma sobre el artículo 347 del CPP en alguna forma limitaría los derechos de la víctima y sus posibilidades de actuación durante el debate. Ello con el único fin ver si garantizar un completo ejercicio del derecho de defensa en la etapa de debate de alguna manera limita a la contraparte, lo que, caso de resultar positivo, rompería la posibilidad de encontrar en un juicio justo respuesta a sus reclamos. Como ya se ha visto en el capítulo segundo, este es un tema que se ha presentado en doctrina y en la práctica, cuando de

sopesar los derechos en juego en un juicio penal se trata. En el caso de la parte ofendida, como indica Maier (2000, p. 192)

> El tema, en el derecho procesal penal, es conocido a través de la participación acordada al ofendido en el procedimiento penal, o de su posición en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, más allá, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública) juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a él…

Si bien no es el tema principal de esta investigación, ante la reforma legal propuesta es sensato verificar si de alguna manera se afecta el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público o del querellante, y con ello dar al traste con los derechos fundamentales que tienen las personas o instituciones ofendidas.

Como se ha visto, la variación en el artículo 347 del CPP pretende evitar la sorpresa en el cambio de la imputación de los hechos y con esto la indefensión de la parte acusada. Pero si se admite la variación en la pieza acusatoria, salvo cuando de hechos completamente nuevos se trate, y con ellos las variaciones en la calificación legal que se consideren pertinentes. Los plazos que se han de conceder a la defensa para efectos de preparar su posición ante las variantes dadas y aportar las pruebas pertinentes se dan bajo la figura de la suspensión de los plazos de prescripción, lo que evita se presentes tácticas dilatorias por parte de la defensa, en busca de que se extinga la causa penal.

Si la defensa aportara nuevas pruebas, es deber del tribunal ponerlas en conocimiento de todas las partes, por lo que no habría desconocimiento de la misma por quienes representen al ofendido y operarían las reglas de la comunidad de la prueba una vez admitida esta. Por ende, tampoco podría ponerse en desventaja a la víctima si hay nuevas probanzas de descargo, ya que igual las conocerá y analizará en lo que se considere pertinente. Una vez resuelta la procedencia de la ampliación de la pieza acusatoria, el debate seguirá de acuerdo con los lineamientos legales establecidos. Y, caso de no ser admitida por el tribunal la aplicación del artículo 347, el ofendido y su representante podrán cuestionar la posición de los jueces de juicio ante el tribunal de casación competente.

Resulta entonces que la víctima u ofendido no perderá elemento alguno en la búsqueda de un resultado positivo para sí en juicio con la reafirmación del derecho de intimación que se busca con la reforma al artículo 347 del código de rito, ya que no le limita su actuación en esta etapa procesal de manera alguna. Es decir, no se rompería el justo equilibrio entre las partes en el proceso.

2. La posibilidad de interrogar por parte del Tribunal de Juicio, establecido en el artículo 352 de Código Procesal Penal.

Cómo se expone en el primer punto de este capítulo, el Código Procesal Penal de 1996 presenta un proceso mixto o acusatorio formal, cuya influencia del proceso acusatorio se traduce en accione limitadas para el juez en las diversas etapas del mismo, fases en las que, a su vez, acusador y defensa estrenan nuevas funciones y facultades, en aras de dar con la verdad y en procura de las garantías procesales de víctima e imputado.

En la etapa de juicio, sin embargo, el legislador conserva para el juez la posibilidad de ejercer actos más allá de su función de árbitro en el conflicto: le permite tomar parte en la investigación para dar con la verdad real, conforme con el principio de Investigación autónoma del juzgador. El poder del juez de intervenir en el interrogatorio de imputado, testigos y peritos presentados en debate, de acuerdo con el artículo 352, es una de las maneras que prevé el proceso penal dentro de la función del juez en debate.

2.1 La búsqueda de la verdad

Previo a examinar el papel activo del juez en la fase de debate, conviene detenerse un momento a reflexionar sobre el contenido del artículo 180 del Código Procesal y la obligación que impone al Juzgador de buscar la “verdad”.

> Artículo 180: Objetividad
> 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.

La frase contenida en dicho numeral, *"El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí averiguación de la verdad…",* como ya se señalara invoca la aplicación del impulso procesal de oficio, sea, la facultad del juez de poner en funcionamiento por decisión propia, aspectos de la investigación que han quedado rezagados y con ello garantizar que los hechos develados en el juicio serán los únicos verdaderos.

Como primer aspecto, debe aclararse cuál es ese concepto de veracidad que mueve la oficiosidad. Llamada "verdad real" o "verdad material" la misma resulta, apunta Cafferata Nores (2005, p.49) en lo siguiente:

> "Se suele decir que, a diferencia del proceso civil que se conforma con lo que las partes aceptan como verdadero, (porque no lo controvierten) y sólo procura la verdad de los hechos controvertidos por ellas (llamada verdad formal), el proceso penal persigue la *verdad material o verdad real* sobre la atribución a una persona de un hecho delictivo. También se acepta, en términos generales, que la verdad que se puede obtener en el proceso no es una verdad sustancial, sino la que se conoce como *verdad correspondencia*: adecuación de lo que se conoce de una cosa con lo que esa cosa es".

Así, la verdad que resulte de la investigación que produce durante el proceso penal exige ser congruente con la realidad sucedida, con la historia, lo que para las partes se traduce en una concordancia del fallo con las pruebas recibidas y cuestionadas en el juicio oral. Si bien, como apunta Mena (2006, p. 115), no es posible un contacto humano con la verdad absoluta, quedando siempre un margen de incertidumbre sobre lo acontecido, por medio del juicio penal se intentará reducir al máximo la posibilidad de error y lograr un criterio de certeza. Debe además indicarse que la verdad debe versar sobre la culpabilidad del imputado, porque, explica Cafferata (2005, p.52), respecto a su inocencia, conocer ésta "no debe ser un fin de la actividad procesal, pues aquella (la posición de inocencia) se encuentra presupuesta por el ordenamiento jurídico y subsiste hasta que se prueba lo contrario y así lo admita una sentencia firme. Si tal cosa no ocurre, para el derecho la *verdad* seguirá siendo la inocencia." Esto es, la aplicación del

principio de Inocencia, que sumado al In dubio pro Reo, garantiza la aplicación favorable al imputado de los estados de duda o la falta de prueba, para el dictado de absolutoria.

Recae entonces sobre el ente fiscal la búsqueda de la verdad, ya que es éste quien debe traer abajo la presunción de inocencia, pues, como afirma Ferrajoli (1995, p. 611), "al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria deberá aportarla quien niega aquella formulando la acusación".

Si bien esta "verdad" es en un sistema acusatorio una "verdad forense", que deriva de la valoración probatoria producto del contradictorio entre las partes, de igual manera tiene, como resabio inquisitivo, el juez la responsabilidad de determinar la existencia o inexistencia del delito acusado, esto, explica Llobet (2005, T.II, p.308), como "consecuencia del interés público en la determinación de los hechos realmente acontecidos y de la aplicación correcta de la ley penal", lo que irremediablemente le hace llegar a un punto sin salida: debe inmiscuirse en el desarrollo del conocimiento de las pruebas en el debate. Tenemos entonces que lo que se busca es lograr "certeza", la seguridad del juez, reflejada claro está en la forma en que resuelve el caso, de que su criterio final es conteste con la realidad tangible que tuvo el hecho juzgado. Pero como este convencimiento debe derivar de las pruebas, se ha permitido al tribunal intervenir activamente en la consecución y producción de las mismas como salvaguardia de las faltas probatorias que cometa el acusador.

Tres aspectos deben entonces apuntarse sobre la búsqueda de la verdad por el juez: en primer lugar, la sola presencia de la misma como fin del proceso penal resulta de orden inquisitivo, pues deja de lado con disimulo los alcances del principio In Dubio pro Reo, ya que este, al deber aplicarse en presencia de la duda en la valoración de la prueba, no tiene cabida en un proceso penal que impone al juez el "deber " de dar con la verdad, lo que le habilita para buscar elementos probatorios que disipen la dubitación que se presentó en el desarrollo del debate.

En segundo lugar, y como se indicara anteriormente, es la indagación sobre la verdad la que da pie, en nuestro sistema penal, a la legalidad de las intervenciones judiciales con las probanzas, como es el caso de interrogar testigos o buscar prueba, factores que violentan

claramente el principio de imparcialidad, que de igual manera se garantiza en el artículo 6 del Código Procesal Penal.

Es obvia la contradicción: en tanto el sistema penal exige al Juez jugar un papel intermedio, diáfano y neutral respecto al caso puesto en su conocimiento, y así mismo faculta a las partes con una serie de acciones (investigación, acusación, defensa material y técnica, ofrecimiento de prueba, etc.) para que presenten y sostengan ante una Corte su posición respecto a los hechos sobre los que se inquiere, por otra parte le impone, en el artículo 180 del CPP, la obligación de encontrar *por sí* la verdad, otorgándole la doble condición de juez de decisión y parte investigadora de una única verdad material, que irremediablemente se inclinará a favor de los intereses de la parte cuya tesis se haya visto favorecida con los resultados de las pesquisas probatorias que aportó el juzgador.

En tercer lugar, pasa a un segundo plano la figura del Ministerio Público no solo como quien detenta la acción penal, sino como sujeto procesal obligado, por el mismo numeral 180, a dar con la verdad, quedando desplazado y sufriendo una desnaturalización de su función, ya que es el juez, autoridad máxima en el dictado de la sentencia, quien puede suplantarlo fácilmente en la investigación y pudiendo resultar afectado con la ruptura del principio de imparcialidad, pues su acusación podría desvirtuarse no por acción de la defensa, sino del tribunal.

Ante estas situaciones, dos posiciones pueden encontrase: para Llobet (2005, T.II, p.308), debe buscarse un balance procesal entre imparcialidad y busca de verdad, del que resulte que el juez no sustituya al Ministerio Público y el primero intervenga de manera limitada en el proceso. Por su parte, Sanabria (2004, p. 130 y 135) debe eliminarse del todo la facultad investigativa del juez en aras de logar la imparcialidad.

Lo cierto es que, se abogue por una u otra posición, no quedaría al descubierto la obtención de la verdad probatoria, pues deberá ser siempre el Ministerio Público el ente encargado de la búsqueda de la misma, protegiendo tanto el interés público, la posición de la parte ofendida que ha accionado judicialmente en busca de una respuesta al daño sufrido y los derechos del imputado, dada la obligación de objetividad en la investigación que debe tener el fiscal. Siempre se lograría una respuesta al conflicto, al poner en manos del juez la

determinación final del caso de conformidad con las pruebas recibidas, sobre todo porque el juzgador, envestido con la imparcialidad, es garantía de justicia y aplicación democrática de la ley penal.

2.2 El papel del Juez en el juicio oral y el interrogatorio

La norma del artículo 352 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

Artículo 352.- Interrogatorio

> Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.
> Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue 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.

Con el ánimo de no limitar la actuación de las partes para con su teoría del caso, este artículo 352 determina la manera en que se desarrollará el interrogatorio de la prueba testimonial y pericial: quien propuso el testigo, interrogará primero. La parte contraria tendrá el derecho de oponerse a las preguntas que considere capciosas, impertinentes o innecesarias para el tema a probar, y posteriormente tomará su turno para interrogar.

Como es lógico derivar, el dicho de testigos y peritos aportados como prueba por las partes pretende dar sustento a la posición de cada una de ellas expone ante el tribunal durante el contradictorio, y junto con la prueba documental, si la hubiere, darán a los jueces su visión

sobre el acaecimiento de los hechos, para que el tribunal dicte sentencia con base a esta información.

El rol del tribunal de juicio, a lo largo de este y en el dictado del "Por Tanto", debe desenvolverse de manera objetiva e imparcial:

> La función de juzgar ha sido encomendada en exclusiva al Poder Judicial, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política, y se ejerce a través de los jueces que la Corte Suprema de Justicia designe (artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En resguardo de la objetividad en el desempeño del cargo, se tutelan los principios del juez natural, independencia judicial e imparcialidad …. La transparencia que las partes esperan de quienes tienen a su cargo el conocimiento de un asunto, impone el mayor celo en evitar situaciones que debiliten la confianza en la objetividad de las decisiones de quienes administran justicia (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 413-06, de las 10 horas, del 12 de mayo de 2006)

Pero en debate, junto con los deberes de imparcialidad y objetividad, y con atención al artículo 352 del CPP, los jueces están autorizados a interrogar testigos y peritos, interrogatorios cuya dirección no está contemplada o limitada en la legislación. (misma situación que se presenta en el artículo 506 del Código de Procedimiento Penal de Italia y el artículo 240 del CPP alemán).

Afirma con razón Binder (1993a, p. 242) lo siguiente:

> Todos los sujetos procesales y el propio tribunal tienen amplias facultades para extraer toda la información que crean necesarias para comprobar las distintas hipótesis. Esta extracción de información se realiza a través de métodos específicos: por ejemplo, a través de interrogatorios, de informes de los peritos, de exhibición y análisis de documentos, etc.

Es así como la norma 352 faculta al juez para buscar su propia información del caso, convirtiéndole así en un investigador autónomo dentro del juicio, como otrora se diera en el proceso de corte inquisitorial.

Al entrometerse el juez en el interrogatorio, será porque le queda duda sobre si el testigo se inclina hacia una u otra de las hipótesis que presentan las partes, lo que cuestiona entonces su

posición imparcial en el proceso. Facilitar la producción de prueba a favor de los intereses de uno de los sujetos del proceso rompe el principio de imparcialidad.

Llobet (2005, TI, p.104) explica con claridad el punto:

> Igualmente, aunque se estableció que en (sic) Tribunal en el juicio oral y público preguntará de último, luego de que lo hayan hecho el Ministerio Público y la defensa, sigue existiendo esa posibilidad de interrogar, todo lo cual no es conforme a un sistema acusatorio, realizándose dicho interrogatorio con frecuencia en forma intensiva y en contra del imputado. Es importante que con la regulación en el Código se trató de acercarse al sistema anglosajón del interrogatorio cruzado, aunque sin llegar al mismo. De todas maneras el interrogatorio de los jueces debería tener un carácter meramente complementario, pudiendo en casos en que se produzca un exceso afectarse el principio de imparcialidad. Es claro que el papel del Tribunal interrogando en el juicio oral no es conforme a un sistema acusatorio, por más que se trató de dotar dicho interrogatorio de carácter acusatorios (sic)

Si se propulsa un sistema procesal penal con alto enfoque acusatorio, se desnaturaliza la intención legislativa al dar al juzgador poderes de intervención activa en el debate que van más allá de los principios acusatorios que el mismo Código Procesal les impone como límites a su papel. No es más que contradictorio el que un nuevo proceso penal que se llama garantista, comprometa en sí mismo, la imparcialidad del juez. Debe hacerse eco a la posición de Sanabria (2004, p.135) quien dice al respecto que *"*nos parece que debió aprovecharse la oportunidad de la nueva legislación para eliminar de una vez por todas la posibilidad de los jueces de interrogar a los testigos, peritos o imputados en los juicios, porque ello denota un claro interés hacia alguno de los sujetos procesales*"*, ya que el avance en el respeto a los derechos fundamentales de las partes del cual presume el Código, así como de los principios procesales que lo sustentan, viene a dar al traste al ser permisivo en el fraccionamiento de la neutralidad que el juez debe mantener en el debate y a lo largo del proceso en general.

Con la escucha de la prueba durante el debate, el juez debe ir formándose un criterio, el cual expondrá y fundamentará en sentencia, sin que deba adelantar su criterio, ya que esto de igual manera quebranta la imparcialidad, ya que la totalidad de la prueba no se ha analizado hasta que se declare cerrado el juicio y el tribunal se retire a deliberar. Al tener el tribunal el poder de hacer su propio interrogatorio, resulta factible que se note una toma de posición hacia una u otra de las propuestas de las partes, su interés, *"*comprometiendo con dicho actuar su imparcialidad e

incrementando de esta manera el riesgo de provocar un desequilibrio en la balanza que vulnera el principio de igualdad procesal" (Campos, 2005, p. 63), y con ello vulnerando las garantías procesales que abrigan a víctima e imputado.

Si el juez toma partido de alguna forma en tanto se realiza el juicio, la parte cuya tesis no ha interesado al tribunal queda en franca desventaja, pues se convierte el juicio en un procedimiento arbitrario en su contra.

A pesar de lo anterior, Sanabria (2004, p.135) expone algunas justificantes para que el juez intervenga en el interrogatorio:

> Por supuesto que todo lo anteriormente dicho no debe restringir al juzgador para intervenir y limitar la declaración o el interrogatorio cuando el testigo, perito o imputado, se están alejando del tema probatorio (art.335 del Código Procesal Penal). O bien resulta pertinente consultar al testigo cuando se tiene duda sobre lo ya manifestado, por ejemplo cuando describe alguna característica de un objeto y no hemos escuchado bien lo expuesto sobre el tema. En todo caso, esas preguntas deben hacerse al final de la declaración del testigo, perito o imputado (art.135 ibídem)

Estos dos casos en los que se admite que el juez se entrometa con la prueba deben ser vistos más bien como parte de las actividades del mismo, ya que, en el supuesto del artículo 335 del Código Procesal Penal, al dirigir el debate el tribunal y en aras de los principios de inmediatez y de justicia pronta y cumplida, es válido llamar al orden al deponente cuando este relate sucesos que no resultan de interés para develar la verdad que se busca. Más debe actuarse con cuidado, ya que habrá casos en que la declaración del testigo, perito o imputado se vaya encaminando hacia la hipótesis por demostrar, y la integridad de su relato cobre sentido hasta el final. Bajo estas circunstancias, corresponde al sujeto procesal interesado interrumpir la llamada de atención que haga el tribunal para aclarar la relevancia que para sus intereses tenga el contenido del dicho del deponente.

En el evento de que haya duda sobre lo que relató el testigo, no le haya escuchado o no se le comprenda, es válido que el tribunal solicite las aclaraciones que considere prudentes, ya que de la asimilación precisa de la totalidad de los elementos probatorios es que los jueces crearan su

criterio y dictarán el fallo, como, por ejemplo lo estipula con claridad el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto no implica que, igualmente, deba ponerse atención a que no se extralimiten en su papel e inicien un nuevo interrogatorio en que se rompa la imparcialidad. El respeto al límite entre aclaración de dudas e investigación pura y simple, debe ser vigilado por las partes.

En suma, autoriza la norma que, en un proceso con alta influencia acusatoria, que obliga a la imparcialidad y a la objetividad del juez como parte de las garantías del debido proceso, sea el tribunal un sujeto más que interactúa con el contenido de la prueba y a partir de ello, trata de averiguar la verdad real de los hechos (art. 180 del Código Procesal Penal). Pero el Código Procesal está estructurado para que ese papel lo cubra el Ministerio Público, no el juez.

Como ya se viera, señala la doctrina nacional, entre otros Castillo (1992, p.63) y Llobet (2005, TI, p. 105), que el proceso penal costarricense mantiene el llamado Principio de Investigación Autónoma del Juez, el cual consiste en que el juez, a pesar de su naturaleza imparcial y en procura de la averiguación de la verdad, tiene la potestad de intervenir con la prueba.

Resulta entonces que el artículo 352 es un claro exponente es esta excepción al Principio de Imparcialidad que garantizan, entre otros, el artículo 8 inc.1ero de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los artículos 6 y 180 del Código Procesal Penal.

De inicio, la norma violenta no uno, sino dos derechos fundamentales: el derecho a ser juzgado por un juez imparcial y el derecho de defensa. Sobre la violación del contenido del artículo 352 a la imparcialidad judicial todo se ha dicho ya: un juez neutral no debería poder tomar parte en el interrogatorio de los testigos, puesto que esto dejará ver su particular interés en la prueba de una u otra de las partes y lo que tenga que decir, cuando corresponde a la defensa o al Ministerio Fiscal, exponer con las respuestas a sus respectivas preguntas, lo que les interesa del conocimiento de testigos y peritos. El juez, cuando interroga, está investigando.

De ahí deriva, como se analizará, la amenaza contra el Derecho de Defensa: cuando la norma admite que el juez se parcialice, el poder punitivo del estado que éste detenta junto con el Ministerio Público, se tornan ambos contra la defensa, dejándolo en desigualdad de oportunidades. Y es que para el acusado la imparcialidad es preponderante, puesto que su contrario en el juicio tiene ya de por sí una posición más ventajosa al asumir la representación estatal; más si el juez toma partido al interrogar, la defensa queda desprotegida. Sanabria (2005) y Campos (2005), avalan esta posición.

La estrategia de la defensa puede verse afectada cuando interroga el tribunal, ya que salvo las protestas orales, el Código Procesal no ha dado mayor arma al defensor para cuestionar al tribunal sobre su papel y las preguntas que realiza a los testigos y peritos.

Debe considerarse que aún cuando el interrogatorio del juez procure respuestas que beneficien la posición del acusado, se está entrometiendo en el plan de acción de la defensa técnica y material, lo que podría afectar su posición final y sus intereses, pues nada obliga al defensor a exponer abiertamente al juez qué es lo que desea conseguir con su interrogatorio. Se niega entonces el derecho de acceso a la prueba en su amplio sentido.

2.3 El derecho de defensa ante el interrogatorio del juez

El ejercicio del derecho de defensa debe ser considerado por aparte cuando de las preguntas del tribunal hacia los testigos en juicio se trata. Siguiendo al artículo 352 del Código Procesal, el interrogatorio de los jueces será después de que el acusador y el defensor hayan realizado el suyo, procurando que la defensa sea la última en hacer los cuestionamientos, y antes que el tribunal.

Señala, además, el 352 ibídem que las preguntas que partes y tribunal realicen deben ser directas, no capciosas ni sugestivas y en respeto a la dignidad de las personas. Caso contrario, se han de presentar las oposiciones al interrogatorio por quien sea interesado.

Se interpreta entonces que la defensa puede objetar a los jueces las preguntas que realizan, ejerciendo entonces control sobre la función de los mismos. A este respecto señala Campos (2005 p. 63):

> No es posible imaginar un proceso informado por los principios del modelo acusatorio, en el cual las partes tengan que estar vigilando y controlando mediante objeciones, las preguntas improcedentes del juez que abusa de esta potestad; sin embargo, así sucede con regularidad en la práctica judicial

Lleva razón el autor. Vigilar que se conserve la imparcialidad del juzgador en debate cuando hace su interrogatorio, atenta contra los principios acusatorios y aquellos que informan el debate, específicamente el principio del contradictorio, ya que el juez eventualmente se torna una parte más en el proceso con superioridad de armas, pues es quien dirige el debate y quien dictará el fallo.

Desde el momento en que el defensor y el imputado se ven en la obligación de objetar cualquier pregunta de los jueces, se ha quebrantado el principio de imparcialidad, puesto que por una u otra circunstancia la defensa ha notado una intromisión del rol del juez en el rol del acusador, lo que le afecta en el ejercicio de sus derechos.

Campos (2005, p. 64) sostiene lo siguiente:

> … en algunas ocasiones el juez no interroga durante el relato, pero si procede luego a enmendar las omisiones o inconsistencias en que ha incurrido la parte en su turno de preguntar, con la excusa de que dicho proceder responde al descubrimiento de la verdad, destruyéndose así no pocas veces la estrategia y el esfuerzo de la defensa técnica durante su interrogatorio

Cuando el tribunal se torna en acusador e investigador, por entrar a suplir las zonas de duda que ha dejado el interrogatorio del Ministerio Fiscal o del querellante, no solo muestra la adopción de la hipótesis de estos sujetos procesales, sino que inmediatamente queda en desventaja cualquier acción que tome para desacreditar al testigo. Aún cuando válidamente pueda oponerse al interrogatorio que hace el tribunal, es éste mismo el que decide si sus preguntas son o

no procedentes, teniendo poca o ninguna posibilidad la defensa de hacer valer en el debate su posición, teniendo que esperar a recurrir en casación la actuación de los jueces.

Por ello, es que la oportunidad que la ley procesal otorga a los juzgadores para realizar interrogatorios hace que se torne a la figura del juez inquisidor.

La Sala Tercera de Casación Penal llama la atención sobre los límites que debe tener el tribunal al interrogar, siendo que el mismo no tiene poder de imperio en cuanto a la dignidad de los deponentes, por lo que sus cuestionamientos deben ir siempre encaminados en respeto a los derechos de las personas. En un caso en que una de los miembros del tribunal dirigió un comentario desatento a la integridad moral de la testigo, la Sala estimó lo siguiente:

> Debe indicarse sobre este punto, que en la formulación de su interrogatorio y en cada una de las intervenciones que tiene un Tribunal de la República en la etapa plenaria (y en cualquier otra etapa), este debe guardar una posición de respeto absoluto a la dignidad de todas de las partes del proceso, la cual asegure material y efectivamente los principios de objetividad e imparcialidad del Juzgador. En este caso en particular, el contenido de la frase atribuida por la recurrente a una de la Juezas del Tribunal sentenciador, efectivamente posee un enorme carácter ofensivo, con el cual no solamente se atenta contra la dignidad de quien figura como posible víctima de un delito de abuso sexual, sino que además se potencia la generación de procesos de revictimización que deben ser evitados.
> … De esta manera, ante el contenido de las manifestaciones realizadas por el ente jurisdiccional, se considera que se afectó indebidamente la dignidad de la señora L.V.G.S, mediante aseveraciones verbales de un contenido altamente ofensivo, con las cuales se vio comprometido el principio de imparcialidad y objetividad del Juzgador. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 964-05, de las 9 horas, del 26 de agosto de 2005)

Debe el tribunal cuidarse sobre la emisión de cualquier juicio de valor ante las manifestaciones de los testigos e imputado, ya que no solo debe darles el respeto debido, sino que cualquier manifestación impropia compromete el principio de imparcialidad. Si los juzgadores de una u otra manera descalifican a un testigo, deben hacerlo en sentencia y mediante la fundamentación requerida por ley. A pesar de que lógicamente esta descalificación derivará de las manifestaciones del testigo en la audiencia oral, no debe el tribunal ofender al testigo con las preguntas que le dirige o a raíz de las respuestas que brinde.

Igual caso se presenta cuando se trata de las manifestaciones del imputado, al cual no se le han de limitar, a menos que estas excedan el tema a probar. Un claro ejemplo que muestra el irrespeto al imputado en la realización de su deposición final, además, claro está, al derecho de defensa material, es el siguiente:

> Juez: *"... el propósito del Tribunal al otorgarle la palabra en estos momentos es que usted manifieste si considera que ha sido defendido adecuadamente, se le ha violado algún derecho suyo de esa naturaleza, la defensa técnica la valoración probatoria la ha realizado su abogado en una amplísima exposición de alrededor de una hora y media, sea no es que usted reitere la valoración probatoria que ya de por si hizo su abogado, es que si usted considera que de alguna forma le hemos violado derechos porque ya nos vamos a retirar a deliberar y a dictar una sentencia, pues lo manifieste"*, Imputado: *"... bueno, lo que yo quería manifestar nada más solo eso"*. Pues bien, señalado lo anterior, valga comenzar afirmando que no existe norma alguna que circunscriba las manifestaciones de los imputados a los aspectos referidos por los Juzgadores en este asunto, ni cabe limitar sus deposiciones al finalizar el contradictorio, en función del interés del Tribunal de concluir el debate, máxime si se tiene presente que son más bien de obligada consideración. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 450-06, de las 11 horas 40 minutos, del 19 de mayo de 2006)

Siendo sujeto del proceso, el acusado además detenta el derecho de defensa material. Es impropio, en un sistema acusatorio, que se obstaculice el ejercicio de este derecho directamente o por medio de manifestaciones que pueden resultar intimidatorios, como sugiere el dicho del Tribunal en la resolución 450-06 citada. Esto, además, podría comprometer la imparcialidad del juez, ya que se podría dejar entrever su posición en el debate, antes de que finalice, si ya no muestra interés por el dicho del imputado.

Interesa analizar la posición de la Sala Tercera ante el interrogatorio de los jueces en debate y sus límites, más allá de los puntos ya vistos.

Acerca del interrogatorio que realiza el tribunal a testigos y peritos, las extralimitaciones que ello conlleva y las afectaciones al derecho de defensa, el voto 773-05 de Sala Tercera da un claro ejemplo de las consecuencias de la aplicación irrestricta del artículo 352 del Código Procesal Penal:

"*... DEFENSOR: ¿y qué tienen los hombres para orinar?, ¿usted sabe?, ¿sabe o no sabe?, o sí sabe y te da vergüenza?. OFENDIDA: no. DEFENSOR: ¿no qué?. OFENDIDA: sé. DEFENSOR: no sabe. ¿Pero le han contado?. OFENDIDA: no. DEFENSOR: no ... JUEZ V.: ... muchos chiquitos que llegan aquí se sientan así como vos, al principio no se acuerdan de cosas, porque nos ven a nosotros aquí sentados, y entonces como que no se acuerdan, pero ya al ratillo de estar conversando la memoria se le empieza a aclarar y comienzan a recordad cosas, y entonces ya uno empieza a recordar todo, y yo me doy cuentas que al final terminan y se acuerdan de todo. Yo digo, qué niños más inteligentes, porque la memoria se les aclaró. Me pareció que con vos iba a pasar algo parecido. ¿Vos te acordás cuando ibas a la casa de, de Dinia?. OFENDIDA: no, no me recuerdo. Nada, nada me recuerdo. JUEZ V.: Pero algo dijiste que sí. ¿No te acordabas cuando ibas a la casa de Adinia?. ¿Vos nunca ibas a la casa de Adinia?. OFENDIDA: sí. JUEZ V.: ... ¿Vos te acordás cuando ibas a la casa de Adinia qué hacías ahí, que se hacía en la casa?. OFENDIDA: ya no me acuerdo (con impaciencia). JUEZ V.: ¿no te acordás?. OFENDIDA: uh, uh. JUEZ V.: ¿y durante este rato que has estado hablando, no se te ha refrescado la memoria, no se te ha aclarado a vos?. OFENDIDA: no, nada más me recuerdo cuando me quemé el dedo?. JUEZ V.: ¿cuándo qué?. OFENDIDA: me quemé el dedo ... JUEZ V.: y algo, que, que, que te acordés de la casa de Adinia ... pero que me contés algo que, que te hayás acordado de, de la casa de Adinia?, ¿algo que te haga recordar?. OFENDIDA: no. JUEZ V.: o sea que te vas a ir de aquí hoy siendo de las chiquitas que casi no se acuerdan. Cuando yo te vi. OFENDIDA: (interrumpiendo) nada más recuerdo lo de mi compañero, no eso ... JUEZ V.: ... contame algo que vos te acordés, algo que, que, que no se te olvide, de cuando ibas a, a la casa de Dinia. OFENDIDA: no. JUEZ V.: ¿no qué?. OFENDIDA: no me acuerdo nada. JUEZ V.: ¿no te acordás de nada?. OFENDIDA: sólo me acuerdo de eso. JUEZ V.: ¿qué, qué es, qué es eso?. OFENDIDA: no me acuerdo (entre dientes, con hastío). JUEZ V.: no te acordás. ¿Vos te acordás, eh, si, si, algún día estuviste a solas con Freddy?. OFENDIDA: que nada me acuerdo (con expresión de impaciencia y cansancio). Nada, absolutamente nada ... OTRO JUEZ: ... cuando ibas a la casa de Freddy, ¿con quién más jugabas?. OFENDIDA: no sé. OTRO JUEZ: ajá. Alguna vez, eh, Johana, Johana poné atención, así como, como, como si estuvieras, este, en las clases con tu maestra que te estás enseñando a contar. Este, ¿alguna vez jugastes algo con Freddy?. OFENDIDA: ene, o, no. OTRO JUEZ: cuando, cuando estabas ahí en la casa de Freddy. OFENDIDA: ene, o, no (interrumpiendo). OTRO JUEZ: no, pero no te he preguntado nada. Espérate a que te pregunte, Johana, ¿de acuerdo?. Eh, al, cuando estabas con Freddy, Freddy te llevó alguna vez al corral, a, a ver las vacas. OFENDIDA: (con notorio cansancio) no sé nada. No me acuerdo nada, nada, nada, nada. OTRO JUEZ: bueno Johana, eso es, eso es todo, ya terminaste. OFENDIDA: ¡ah! (expresión de felicidad y alivio) ...*". De la anterior transcripción (elaborada a partir de la escucha cuidadosa de las cintas en las que se registró el debate), en la que se incluye toda la <u>*declaración oral*</u> rendida por la menor ofendida, se logra establecer que lleva razón la defensa en el punto c) del cuarto motivo de su recurso, al denunciar que la misma no podría calificarse de "*espontánea*", pues cualquier observador imparcial advertiría que fue encausada por los señores Jueces y por el mismo fiscal. Al respecto se nota cómo a partir de preguntas que de una vez incluían la repuesta, la testigo (una niña de escasos 6 años

> de edad) no sólo fue inducida a aportar cierta información y a narrar determinadas circunstancias incluidas en la requisitoria fiscal, sino que, además de ello, fue presionada para que "*recordara*" detalles que ella decía (más bien insistía) no recordar, ello a pesar de su evidente hastío, molestia, impaciencia, cansancio y hasta desesperación. Sólo para brindar algunos ejemplos, se tienen los siguientes: (i).- *JUEZ: ajá, y ¿qué fue lo que le hizo Freddy?. Contanos a nosotros. OFENDIDA: Ya no me acuerdo. JUEZ: ¿ya no te acordás?. OFENDIDA: No. Nada más me sé una parte*. Desde un principio, si bien la menor dijo que "*sólo se sabía una parte de los hechos*", esto es, que Freddy le había hecho algo, manifestó no recordar qué era. No obstante ello, de forma sistemática e insistente, los jueces y el mismo fiscal le preguntaron una y otra vez qué le había hecho el encartado, obteniéndose siempre la misma respuesta: no me acuerdo, mostrándose la niña cansada, aburrida y hasta molesta con el interrogatorio. A pesar de ello, el mismo prosiguió durante largo rato, (ii).- *JUEZ: este, ¿recordás si fue, si fue que él te dijo que cantaras, que le contaras algo, si fue que él te tocó, si fue que lo tocaste?. OFENDIDA: que me, que él me tocó*. Como la menor insistía en que no recordaba qué era lo que el imputado le había hecho, de manera abierta el juzgador le pregunta si fue que el mismo la toco (extremo que aquella ni siquiera había mencionado), obteniéndose de inmediato la respuesta afirmativa de que "*él me tocó*", circunstancia que de previo ya se había incluido en la pregunta. Es claro que de este modo se indujo a la testigo para que narrara dicho extremo.… Los anteriores vicios procesales tornan ilegítimo el fallo de instancia, pues resulta notorio que la forma en que se manejó el interrogatorio de la menor durante el debate (tanto por el Tribunal como por el representante del Ministerio Público), indujo a que la menor ofendida aportara la información que, de modo esencial, sustentó la decisión que se tomó. Es claro que tal proceder tuvo la virtud de contaminar la declaración que la niña rindió, afectándose así los fundamento de aquella. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 773-05, de las 12 horas 10 minutos, del 8 de julio de 2005)

El interrogatorio formulado por el tribunal se compone de preguntas cargadas ya con la respuesta, que inducen a la testigo a responder afirmativamente sobre hechos que en principio y de forma espontánea refiere no recordar. Los jueces son insistentes, y cesan el interrogatorio cuando ya han conseguido una afirmación de abuso sexual por parte de la menor ofendida. Se rompe, como en el ejemplo de la resolución citada, el principio de imparcialidad, ya que el juez investiga y sonsaca del deponente la información que se necesita para dictar sentencia condenatoria.

Ante esta situación, se rompe la garantía del derecho de defensa, pues el tribunal interviene con la prueba, se pone de parte del acusador, y busca respuestas enfiladas a lograr la fundamentación para culpar al imputado de los hechos que se le acusan.

La defensa técnica y material por lo general se preparan para atacar la hipótesis del Ministerio Público y el querellante si lo hay, más ante el juez no cuenta con posibilidad de ataque, por que este, en principio, no es su contraparte en el contradictorio, sino el órgano de decisión objetivo.

El voto 424-06 de este tribunal de casación delimita claramente varios puntos:

En primer lugar, y de similar forma que lo visto en la resolución 773-05, señala la Sala que el interrogatorio del juez no debe encausar al testigo, ya que entonces la manifestación no sería espontánea, sino que se dejan de lado la objetividad y la imparcialidad del tribunal:

> De la anterior transcripción (elaborada a partir de la escucha cuidadosa del casete número 1, lado A), se logra establecer que lleva razón la defensa al denunciar que la misma no podría calificarse de "*espontánea*", pues cualquier observador imparcial advertiría que fue directamente encausada por una de las co-Juezas, lo que igualmente permite establecer que el órgano jurisdiccional perdió por completo la objetividad e imparcialidad que de él se espera dentro de un sistema de corte marcadamente acusatorio como el vigente. Al respecto se nota cómo a partir de preguntas que de una vez incluían la repuesta, la testigo (una joven de 15 años de edad, pues nació el 10 de octubre de 1990) no sólo fue inducida a aportar cierta información y a narrar determinadas circunstancias incluidas en la requisitoria fiscal, sino que, además de ello, fue presionada para que contestara y aportara detalles cuando, luego de una de estas preguntas, guardaba silencio, o simplemente había contestado con un sí o un no, sin agregar nada a continuación. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 424-06, de las 10 horas 55 minutos, del 12 de mayo de 2006)

Se critica el que se guíe a la testigo a responder más allá de los detalles que la misma desea dar, ya que recibe una presión del tribunal que no hay razón aparente, más que obtener información. La disconformidad está en que es al Ministerio Público al que le corresponde obtener la mayor cantidad de detalles de los hechos del relato de la persona ofendida o de los testigos de cargo en general, por lo que el tribunal se extralimita en sus funciones, acaparando la función investigadora que ostenta la figura del fiscal, y envestido de sus autoridad, presiona al testigo. El tinte inquisitivo de este tipo de comportamiento de los jueces, amparado en el artículo 352, es indiscutible.

La afectación al derecho de defensa es claro: conjuntamente con la parcialización del tribunal con la tesis del ente acusador, los datos que brinda la testigo a solicitud del juez son contra las hipótesis de la defensa. No se trata, y esto debe quedar patente en esta exposición, de evitar se encuentre la verdad de los hecho o de lograr la impunidad, más los derechos fundamentales de las partes, en este caso, del acusado, deben garantizarse en el debate y la actuación del tribunal atenta contra los mismos al volverse juez y parte, y sin dar a la defensa más instrumento que una oposición verbal para detener esta situación.

Aunado a lo anterior, y a pesar de las oposiciones que realice la defensa (ver Res. 424-06 Sala Tercera), cuando el tribunal redacta la sentencia incluye todas las respuestas de la parte ofendida como si se tratara de una narración voluntaria:

> … Como se observa de lo anterior, a pesar de que la menor en ningún momento brindó un relato espontáneo o fluido, sino más bien insistía en no responder, o cuando lo hacía se limitada a indicar un sí o un no (ello debido a la forma en que estructuró el interrogatorio la Juzgadora), al incluirse en la sentencia el resumen de lo que ella declaró en debate, se lee un relato continuo, como si hubiera hecho una narración libre y directa, lo que no corresponde a la realidad de lo ocurrido (cfr. folio 165, línea 7 en adelante). Los anteriores vicios procesales tornan ilegítimo el fallo de instancia, pues resulta notorio que la forma en que se manejó el interrogatorio de la menor durante el debate por parte de una de las integrantes del tribunal (sin que mediara oposición alguna de las demás), no sólo indujo a que la menor ofendida aportara la información que, de modo esencial, sustentó la decisión condenatoria que se adoptó, siendo que tal proceder tuvo la virtud de contaminar la declaración que la joven rindió, sino que todo ello permite establecer que el órgano de instancia perdió la objetividad e imparcialidad que les atribuye el primer párrafo del artículo 6 del Código Procesal Penal, según el cual "*Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento* …", sendo este uno de los principios rectores de una administración de justicia sana y democrática, conforme la visualiza el artículo 41 Constitucional. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 424-06, de las 10 horas 55 minutos, del 12 de mayo de 2006)

Es entones indiscutible la trasgresión que las intromisiones impropias del tribunal causan al derecho de defensa, pues de los resultados de los interrogatorios se extraen elementos de prueba para fundamentar la condenatoria. Es hasta la fase de casación cuando se hace posible que se escuchen los alegatos de la defensa, más ya con la sentencia dictada y siempre bajo la

posibilidad de que el imputado se encuentre bajo prisión preventiva por la causa penal que se le tramita.

A manera de reflexión final de este apartado, se tiene que el derecho de defensa en la etapa de juicio se ve afectado con la aplicación del artículo 352 en cuanto a la potestad del juez de interrogar a los testigos, peritos e imputado, ya que su interés especial en la prueba rompe el principio de imparcialidad, principio general del proceso penal de corte acusatorio, cómo el que se pretende sostener en el CPP de 1996. Al tomar el enjuiciador parte en el proceso y el poder que tiene dentro de éste, queda de lado inmediatamente el papel de la defensa, ya que la toma de posición del juez desacredita a la defensa de manera absoluta.

Salvo la protesta de ley, no hay instrumentos procesales que contemplen la defensa contra el juez (y no contra el acusador, que es lo usual), por lo que no se cuenta con igualdad de armas ante el juez-parte.

Sólo cuenta la Defensa con la posibilidad de recusar al juez que muestra interés especial en el resultado del debate conforme a los artículos 57 y siguientes del Código Procesal Penal, en la figura de la recusación, con base en las causales de excusa contempladas en el numeral 55:

> Artículo 55.- Motivos de excusa
>
> El juez deberá excusarse de conocer en la causa:
>
> a) Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar el auto de apertura a juicio o la sentencia, o hubiera intervenido como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o hubiera actuado como perito, consultor técnico o conociera del hecho investigado como testigo, o tenga interés directo en el proceso.
> b) Si es cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad, de algún interesado, o este viva o haya vivido a su cargo.
> c) Si es o ha sido tutor o curador, o ha estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.
> d) Cuando él, su cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, padres o hijos, tengan un juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

> e) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se trate de bancos del Sistema Bancario Nacional.
> f) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante o acusador de alguno de los interesados, hubiera sido denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos.
> g) Si ha dado consejos o manifestado extra-judicialmente su opinión sobre el proceso.
> h) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.
> i) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o reciban beneficios de importancia de alguno de los interesados o si, después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor.
> j) Cuando en la causa hubiera intervenido o intervenga, como juez, algún pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad.
>
> Para los fines de este artículo, se consideran interesados el imputado, el damnificado, la víctima y el demandado civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte; también, sus representantes, defensores o mandatarios.

Como se aprecia con claridad, ninguna de las causales permite solicitar la separación del tribunal de la causa por inmiscuirse en el interrogatorio y mostrar inclinación hacia una de las partes por el trato a sus testigos para buscar la verdad de los hechos, lo que prácticamente deja al acusado desvalido ante la acción el juez. Podría es este aspecto seguirse el ejemplo del Código Procesal Alemán, el cual establece, entre las causales de Recusación del artículo 24, la sospecha de parcialidad. Esta, que debe ser debidamente fundada por la parte que la alega (arts. 26 y 26 a del CPP alemán), permite que se cuestione la participación del juez en el proceso.

Sin embargo, en aplicación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en atención a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Mauricio Herrera (pto 170 de la sentencia), es posible para la defensa invocar, más allá de los contenidos del artículo 55 ya citado, la violación al Principio de Imparcialidad por la muestra de un interés manifiesto del juez en la causa que resuelve. Aún cuando las causales del numeral 55 parecen ser taxativas, los derechos fundamentales de las partes, en este caso, del acusado, imperan sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Explica Roxin (2000, p.43) este motivo de recusación de la siguiente manera:

> Un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad. Para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello, según una valoración razonable. Derivar este temor de la pura visión subjetiva de quien recusa resultaría violatorio del principio del juez establecido por ley.

Para la legislación nacional, entonces, sería factible que se considere esta causal de recusación del juez, lo que llenaría el vacío legal al que se ha hecho referencia. Como en la práctica alemana, resulta indispensable que se derive la duda sobre su imparcialidad de circunstancias que la parte pueda alegar con algún sustento probatorio, tal como alguna frase o comentario que el juez dejo escapar, algún ligamen con el caso que no se contemple en los supuestos del artículo 55 del Código Procesal Penal, etc.

Tocaría a la parte dar la pista que llama a la sospecha de parcialidad, la cual analizaría el juez recusado y en su defecto, el tribunal que conozca de la recusación.

Más si la propuesta es evitar que el juez intervenga en la investigación, que no tome partido a favor de una u otra de las hipótesis que le presentan las partes durante el debate, y que no sea juez y parte, la solución radical sería prohibir expresamente que interactúe en un interrogatorio con el testigo o perito que la parte ha propuesto (o aquellos aportados de oficio por el propio tribunal).

Pero no debe obviarse el que es el juez el que va a dictar sentencia, y para que la misma se ajuste a derecho, debe ir fundada en la prueba que se ha recibido en el plenario. El contenido de esta prueba, sobre todo cuando de deposiciones de testigos y peritos se trata, debe quedarle claro al juez, para que así proceda a tomar una decisión sobre la verdad de los hechos de manera objetiva e imparcial.

Por ello, podría considerarse como nueva redacción del artículo 352 del Código Procesal la siguiente:

Artículo 352.- Interrogatorio

> Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.
> Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue 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 *solo sobre aquellas circunstancias de su declaración que les haya causado confusión, y con intención aclaratoria. No deberá el tribunal formular preguntas que busquen más información que aquella que la declaración del deponente de manera libre o bajo el interrogatorio de las partes, haya aportado al proceso*. 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, *tanto por la contraparte como por el tribunal*.
> Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

El juez, entonces, queda facultado para dirigir preguntas aclaratorias, más sin constituir un nuevo interrogatorio al testigo o perito que vaya a beneficiar a una u otra parte del proceso o a intervenir en las respectivas estrategias de la defensa o el acusador, lo que queda vedado de manera expresa.

Se garantiza así el libre ejercicio del derecho de defensa, pues se cuenta con un tribunal imparcial que por su naturaleza no jugará dos papeles, juez y parte, y que podría afectar los intereses de la defensa. Pero el juzgador se debe mantener interesado en comprender la prueba que se le presenta para consideración, lo que se logra por medio de las preguntas aclaratorias.

Se deja clara la facultad de las partes de oponerse al interrogatorio de los juzgadores cuando éste exceda el fin aclaratorio de las preguntas, lo que en la práctica judicial se traduce en las anotaciones de las oposiciones en el acta de debate y luego, si insiste el tribunal, en el debido cuestionamiento en la etapa de casación que corresponde.

2.4 El interrogatorio del juez y los derechos de la víctima.

Si la imparcialidad del juez es una garantía procesal para todas las partes, al punto que cualquier actor en el proceso puede recusar al tribunal con vista en el artículo 255 del CPP, la imparcialidad que se busca con la reforma del artículo 352 ya vista protege no solo el derecho de defensa del imputado, sino los intereses de la víctima/ofendido que se buscan con el resultado a su favor del debate. No intervendría el juez en las líneas de ejercicio de la acción penal y persecución que estén el Ministerio Público, el querellante o el actor civil siguiendo como parte de sus estrategias, e incluso se le podría objetar este intento si su interrogatorio va más allá de preguntas aclaratorias.

Si bien la intención primordial de la propuesta de cambio del numeral en cuestión es evitar que el estado en la figura del juez se ensañe contra el acusado, de igual manera se evita que se ponga a favor del mismo en el tanto se evacua la prueba y deje sin opciones de actuar a quien esté en debate velando por los intereses del ofendido o la víctima.

El juez imparcial es un requisito sine qua non del sentido de justicia, principio de convivencia pacífica en un estado democrático y de derecho como es el nuestro. No es lógicamente posible acudir en busca de un juicio justo ante un ente que tome partido por una de las tesis sometidas a su conocimiento previo a la sentencia, lo que puede darse si es el juez el que dirige un interrogatorio al testigo o al perito más allá de lo que las mismas partes tienen interés se sepa en el contradictorio.

3. La Prueba para mejor proveer, conforme con el artículo 355 del Código Procesal Penal.

Basado en el Principio de amplitud probatoria, se prevé en la etapa de Juicio la posibilidad de que las partes traigan al proceso prueba que consideren faltante e importante para sustentar las tesis que exponen al tribunal que preside el debate.

La prueba para mejor proveer, como se contempla en el artículo 355 del Código Procesal Penal, también puede ser ordenada, de oficio, por el juez, el cual dispondrá de la misma para traerla a juicio. Esta intromisión del juez en la búsqueda de elementos probatorios es un resabio del proceso inquisitivo (como es el caso del numeral 221 del CPP de Alemania y el 507 del CPP italiano), que, al igual que la posibilidad de entrar a interrogar a los testigos de las partes, resulta del principio de investigación autónoma del juez:

En el proceso penal costarricense debe destacarse que se mantuvo el principio de investigación autónoma del juzgador, de modo que se establece la posibilidad de que el Tribunal de Juicio de oficio disponga prueba para mejor proveer" (Llobet, 2005, TII, p. 307) (En igual sentido Ledesma, 1973, p. 159)

Interesa acá citar la posición de Moreno y Cortés (2005, p.371-372) sobre la actuación del juez en la búsqueda de la verdad:

> A pesar de que es el juez el sujeto que ha de convencerse de la realidad fáctica y de la bondad jurídica de la posición de alguna de las partes, sin embargo no se le permite como regla general salir a buscar la prueba; su papel y su responsabilidad es la de esperar a la iniciativa de las partes, que deben traerle la prueba para que él la pueda valorar… No cabe duda sin embargo, que la posición del juzgador tampoco puede reducirse a la posición de un espectador desinteresado, pues precisamente toda la actividad probatoria va dirigida a él y cada una de las partes va a intentar la adhesión final del juez a su propia posición. De ahí que el juez no solo debe estar interesado en todo cuanto externamente sucede en el juicio, esto es, en dirigir los debates o en ejercer la policía de estrados, sino sobre todo en lo que en el fondo se está aportando al proceso, pues con esos elementos tendrá que decidir. Por esta razón, la Ley le autoriza a intervenir en la práctica de la prueba, a pedir aclaraciones o explicaciones, aunque resulta sin duda mucho más dudoso que la facultad de ordenar prueba de oficio… se ajuste a los criterios y principios del proceso penal.

Esta doble función del juez, que decide y está facultado para intervenir con la prueba, es la que se cuestiona sobre la afectación que tiene sobre la imparcialidad y con ello sobre el derecho de defensa.

Se expondrá a continuación los alcances doctrinarios y jurisprudenciales que tiene el instituto de la prueba para mejor proveer en el proceso penal costarricense, así como las afectaciones que este acarrea para el derecho de defensa.

3.1 El ofrecimiento de prueba para mejor proveer

Con la admisión de prueba para debate en la Audiencia Preliminar conforme con el artículo 320, es que las partes se preparan para ir al contradictorio una vez dictado el Auto de Apertura a Juicio (artículo 322 del Código Procesal Penal).

Esta norma del 320, señala respecto a la prueba:

Artículo 320.- Admisión de prueba para el juicio

> El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.
> Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.

Es así como se da, desde el fin de la etapa intermedia, el aviso de la opción de ofrecer en debate prueba para mejor proveer, la cual se regulará conforme con el artículo 355 del mismo Código.

El artículo 355 del Código Procesal Penal estipula lo siguiente:

Artículo 355.- Prueba para mejor proveer

> 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.

Sin adentrar en la posibilidad de que las partes soliciten prueba nueva en el transcurso del juicio, es importante señalar acá que la libertad probatoria, así como el ejercicio del derecho de defensa y las representación de los intereses de víctimas y ofendidos, hace factible que las partes

aporten nuevas probanzas en esta etapa procesal, pruebas que en *buena lid* debieron configurarse en la etapa intermedia, más que se admiten en debate siempre y cuando tengan pertinencia. Así lo explica Dall´Anese (1996, p. 681):

> La potestad de ordenar prueba para mejor resolver se encuentra en el artículo 355, como una medida de carácter excepcional, cuando las revelaciones resultantes del debate hagan necesario conocer la información que podrían suministrar nuevos testigos, peritos, documentos, etc. Puede ser ordenada esta prueba a petición de parte o de oficio

La condición esencial de la prueba para mejor proveer en el proceso penal costarricense, resulta ser que la misma derive de hechos o circunstancias nuevas que se revelen en el transcurso del juicio, y que sean necesarios para develar la realidad de los hechos que se investigan. Las partes o el juez son quienes proponen esta prueba, la cual, una vez incorporada al debate, pasa a ser común a todos y cada uno podrá aproximarse a la misma como mejor lo considere. Razón tiene Ledesma (1973, p.90) al indicar lo siguiente:

> …todo elemento de prueba que haya sido incorporado de oficio o a pedido de parte, queda vinculado al proceso como objeto de él y los sujetos del mismo pierden toda disponibilidad. Se adquiere, por consiguiente, para el proceso y no para la parte que pudo favorecerse con su introducción. Todos los sujetos procesales se benefician de tal suerte con la prueba producida.

El "beneficio" que las partes puedan obtener de la oficiosidad de la prueba para mejor proveer, enfocado, claro está, en la posición de la defensa, será visto en el apartado siguiente. Es necesario, desde ahora, adelantar el que, la prueba sorpresiva para las partes en general, podría venir a debilitar sus hipótesis ante el juez que ordena la prueba, ya que la misma será beneficiosa para una u otra, no para ambas, pues en sentencia el tribunal habrá de dar por demostrada una de las versiones de los hechos que acusador o defensa le presentan.

El papel del juez en debate, como se ha estimado ya, ha de ser imparcial y objetivo. Pero al autorizar el artículo 355 del Código Procesal que el Tribunal ordene por su voluntad prueba nueva en el transcurso del juicio, retoma el papel inquisitivo-investigador del mismo.

Diferentes posiciones se manejan en la doctrina nacional e internacional sobre la conveniencia procesal que tiene la prueba ordenada de oficio en debate.

Sobre la afectación al principio de imparcialidad, dado que la prueba que ordene el juez siempre vendrá a beneficiar a una de las partes, existen puntos de vista que van desde considerar que esta potestad afecta por completo la imparcialidad, hasta posiciones ambivalentes, que consideran que la prueba para mejor proveer viene a permitir que el juez imparta justicia de mejor manera.

Llobet (2005, T I, p.102) indica que:

> … el Código Procesal Penal no le asigna un papel meramente pasivo al juez, como correspondería en un sistema acusatorio, sino el mismo, conforme al principio de investigación autónoma del juzgador, puede ordenar en el juicio oral y público prueba para mejor proveer, lo cual puede afectar el principio de imparcialidad del juez, aún cuando disponer dicha prueba tenga un carácter excepcional

Con base en los principios acusatorios que sustentan la etapa de juicio en el proceso penal de Costa Rica, el juez no debería estar autorizado en esta etapa para actuar de oficio, ya que cualquier intervención suya puede revelar inclinación hacia una de las partes, lo que trae al traste su obligación de cumplir con el principio de imparcialidad. Como ha dicho Llobet en la cita ya vista, aún la excepcionalidad de esta actuación podría atentar contra la imparcialidad.

En igual sentido Sanabria (2004, p. 131) estima sobre el artículo 355 que

> 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.

Si el juez intervine en el esclarecimiento del hecho, podría ser el que rompa la presunción de inocencia que cobija al acusado, y así también su estado de duda. Y, en caso de que refuerce la tesis de la defensa con la ordenación de prueba, afecta también los intereses de la víctima que

se representan en la acusación y la querella. No debe entonces aceptarse que existe imparcialidad si el juez puede apoyar indistintamente y en la transcurso del debate, una u otra posición. Con esta posición, está de acuerdo también Campos (2005, p. 61).

Otros autores consideran que la permisión legal para el juez de traer por su propia mano prueba a juicio puede ser favorecedor para la administración de justicia:

Dall´Anese (1996, pp. 681-682) enfoca la prueba para mejor proveer como la que puede venir a dar sustento a la sentencia,

> Ordenar la prueba de oficio es reflejo del principio de instrucción, en virtud del cual al juez interesa la averiguación de la verdad real, de modo que no está limitado al ofrecimiento del Ministerio Público y las otras partes. Aún cuando se trata de una potestad, es evidente el deber de ordenar la prueba para mejor proveer que se tiene a mano, bajo el riesgo – en su omisión- de ver anulada la sentencia por concurrir en ella el vicio de falta de fundamento.

Más debe considerarse que, si con la prueba que ya existe en debate debidamente ofrecida por las partes o con la prueba que las partes han aportado para mejor proveer, el tribunal no tiene material para fundamentar debidamente una sentencia, sea absolutoria o condenatoria, deberá aplicarse el principio In Dubio Pro Reo, establecido en el artículo 9 del Código Procesal Penal, el que además es una garantía procesal del acusado:

> Artículo 9.- Estado de Inocencia
>
> El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado…

Sobre el In dubio pro Reo anota Roxin (2000, p.111) que

> La importancia de este principio fundamental, propia del Estado de Derecho, consiste, p. ej. (sic), en que el imputado no debe probar su coartada o hacerla

> creíble, sino que, al contrario, a él le debe ser probado que en el momento del hecho estuvo en el lugar del crimen o que ha participado en el hecho en otra forma.

Por ello, el temor a incurrir en el vicio de falta de fundamento del fallo no debe ser uno de los motivos para que el juez actúe de oficio en la consecución de prueba, pues a falta de elementos probatorios suficientes aportados por el acusado o el ente fiscal o querellante, procede la aplicación de la duda a favor del imputado. Esta duda puede ir en dos sentidos: sea, el dictado de la absolutoria por no haber elementos probatorios que sustenten la acusación que ha presentado el Ministerio Público, o la aplicación de la norma más favorable cuando de la relación de hechos imputados se pueda derivar el acontecimiento de varios tipos penales.

La "*falta de prueba*" entonces, es un problema que solo debe preocupar al ente fiscal y no al tribunal de decisión, ya que su deber es entrar a resolver el conflicto con base en aquellas probanzas que se han hecho llegar hasta los estrados por el interesado, y con ella fundar la sentencia. Si el juez solventa el conflicto con el estricto análisis de las pruebas que ha conocido y con pie en ellas dicta el fallo, no hay posibilidad de que se declare que la resolución carece de fundamentación suficiente.

Por su parte, Rojas (2001, p. 84), estima sobre la prueba para mejor proveer lo siguiente:

> La misma redacción del precepto legal nos aclara que el instituto tiene un carácter claramente restrictivo, en razón del papel que debe cumplir el juzgador y como resultado de contarse con un sistema marcadamente acusatorio. Se pretendió con ello garantizar el papel imparcial del juzgador en el juicio oral y público e igualmente subsanar deformaciones que tuvieron lugar con el anterior sistema, en donde los juzgadores procedían prácticamente a asumir el papel del Fiscal y sustituyéndolo, ordenaban prueba que en muchos casos no había sido ofrecida por estimarse impertinente, con lo que ponían en grave predicado su imparcialidad, con serio perjuicio para el imputado y la defensa, que usualmente debían asistir a la situación y apreciar como, al amparo de la amplia facultad contenida en el artículo 387 del Código de Procedimientos Penales (Código de 1973) los juzgadores hacían llegar nuevas pruebas al contradictorio, que generalmente resultaba ser prueba de cargo, que el Ministerio Público había desechado o había omitido señalar

El autor es claro en cuanto a que la restricción de la prueba de oficio al llamarla "excepcional", responde a la protección al principio de imparcialidad, para evitar acciones de

corte inquisitivas en el juez. Incluso, el mismo Rojas (2001, p. 90) nos dice que "no es posible pensar en que por recurrirse a este mecanismo, se procure la incorporación de pruebas de cargo, ya que esto haría resucitar la figura del juez inquisitivo e implicaría una sustitución del la figura del Fiscal y una invasión del papel del acusador". El problema que se presenta es que el artículo 355 no establece limitación en la prueba para mejor proveer de oficio, por lo que tanto prueba de cargo como de descargo puede ser atraída por el tribunal al proceso. Además, debe considerarse que igualmente se rompe la imparcialidad si el juez actúa de oficio, sea a favor de una u otra parte.

En sustento de que el juez, al ordenar prueba está ya siendo parcial, vale citar a Sentís Melendo (1967, p. 395):

> … las medidas para mejor proveer pueden hacer que la sentencia que se pronuncie sea una sentencia distinta de la que, sin ellas, se habría pronunciado; esas medidas pertenecen al ámbito de la sentencia; cuando el juez las acuerda, tiene ya, mentalmente, una sentencia formada, que sabe, que supone al menos, que puede no ser justa.

Entonces, deben ir quedando claros aspectos como que, al permitir la legislación procesal penal que el juez ordene por su propia voluntad y sin atender a las partes prueba nueva en la etapa de juicio, se pasa por alto el carácter acusatorio que se pretendió por el propio legislador dar al Código Procesal Penal de 1996. Esto implica que los Principios de Imparcialidad y Objetividad que limitan la labor del juez, cuentan con excepciones legalmente establecidas dentro de la fase de debate, como sería el artículo 355. De ahí, deriva que el acusado en juicio, podría dar con un juez que por sus actos se torne parcial, lo que ya *per se*, afecta sus derechos dentro del proceso.

3.2 La defensa ante la prueba para mejor proveer

La defensa, compuesta por el defensor técnico y el imputado, pueden ofrecer, como señala el artículo 355 del Código Procesal Penal, prueba para mejor proveer en la fase de juicio,

la cual ha de responder a hechos o circunstancias nuevas que surjan a lo largo de las audiencias del mismo.

Frente a la prueba que de oficio aporta el tribunal, el derecho de defensa que goza esta parte puede verse ampliamente afectado, ya que no solo se trae prueba que la defensa desconoce, sino que al jugar el juez un rol activo en la investigación para encontrar la verdad, este se torna juez y parte, ante la cual, como sucede en el caso de la intromisión del tribunal en el interrogatorio, la defensa no tiene igualdad de armas.

No establece la norma 355 del Código Procesal Penal topes específicos a la prueba que se ordena de oficio, lo que permite que los tribunales en general se permitan el uso de este instituto de manera indiscriminada. Por ello, la doctrina nacional y la jurisprudencia han hecho intentos de establecer límites a la acción del juez, las cuales no siempre han dado resultado.

Por ejemplo, Dall´Anese (1996, p. 682), en lo conducente aporta que

> No es posible sustituir la totalidad del material probatorio ordenado para el debate por otro completamente distinto, encubriendo la maniobra bajo una orden de prueba para mejor proveer. La necesidad de esta clase de prueba debe surgir del desarrollo del debate, para elucidar un hecho o circunstancia *nueva*, pero no para acreditar la acusación fiscal desde su origen. De no ajustarse a las disposiciones de ley se daría una flagrante violación al derecho de defensa y la consecuente responsabilidad de las personas involucradas en el hecho (jueces, fiscal, querellante, etc.)

Así, una de las primeras limitantes de la prueba nueva en debate, sobre todo la que aporta el juez, es que la misma no puede simplemente venir a reemplazar toda la investigación que dio pie al proceso en general y al juicio en específico, puesto que esto dejaría sin posibilidad alguna a la defensa de responder a estos elementos probatorios. Debe recordarse acá que uno de los derechos con que cuenta el imputado es el acceder a la prueba, lo que implica tener contacto con la misma, conocerla, cuestionarla y aportar aquellas probanzas de descargo que considere congruentes con su posición en el juicio.

Pero si hay prueba nueva aportada por el juez que la defensa desconoce, y ante la cual solo se le presenta la oportunidad en el contradictorio para analizarla y debatirla, no solo se ve sorprendido por esta, sino que debe enfrentarse a la posibilidad de que el tribunal haya roto su imparcialidad y las probanzas que ha aportado sean de cargo. Sobre esta eventualidad, apunta Campos (2005, p. 61) una interesante observación:

> No en vano en corrillos judiciales se denomina a dicha práctica judicial oficiosa por parte del juez como la prueba para "mejor condenar"; convirtiéndose así este procedimiento en una peligrosa labor que ha conllevado a poner en entredicho la imparcialidad del juez y la transparencia del Estado democrático y de derecho

La oficiosidad de la prueba para mejor proveer se ha prestado, entonces, para que el juez no deje cabos sueltos en el dictado de sus sentencias condenatorias, por lo que resulta real suponer que la búsqueda de los elementos faltantes se realiza por parte del tribunal con el ánimo de evacuar cualquier duda sobre la culpabilidad del imputado. Este papel, que le corresponde al Ministerio Público, es suplantado por el enjuiciador, el cual actúa con su poder, contra los intereses del imputado.

Rojas (2001, p. 89), en aras de restringir la aplicación del artículo 355 para el juez dice: "… estimo que en razón de la naturaleza tan excepcional que caracteriza al instituto de la prueba para mejor proveer, esta prueba nueva debe ordenarse básicamente si se piensa que con ello se puede beneficiar al imputado". Es encomiable la opinión del autor, ya que resulta garantista y protector del derecho de defensa. Más no hace falta que se ordene tampoco prueba a favor de la defensa, ya que si hay duda en la psique del juez sobre la culpabilidad del acusado, imperan los Principios de Inocencia e In dubio Pro Reo y procede la absolutoria. Si la carga probatoria de la fiscalía es superior a la de la defensa pero aún así no logra convencer al juez de derrocar el principio de Inocencia, éste no debe más que eximir al imputado de responsabilidad. Caso contrario, si el acusador aporta prueba de cargo contundente, toca a la defensa repeler la misma, no al juez.

La Sala Tercera de Casación Penal se ha encargado, por medio de su jurisprudencia, de demarcar los alcances del rol del juez cuando de la prueba para mejor proveer de oficio se trata.

Acepta este tribunal, en primer lugar, que a pesar del marcado tinte acusatorio del Código Procesal de 1996, el mismo aún conserva resabios inquisitivos:

> … nuestro sistema, si bien es marcadamente acusatorio, no obstante aún reconoce al juzgador algunas potestades respecto de la producción de prueba, orientadas, sin lugar a dudas, a la vigencia del principio de verdad real, que se ha de cumplir en estricta observancia de los derechos de las partes intervinientes –audiencia, defensa- y del deber de objetividad –artículo 6-. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 572-00, de las 9 horas 35 minutos, del 2 de junio de 2000)

Partiendo de esta conclusión de la Sala, en la misma resolución 572-00, se admite, en un caso en que el ofendido no había sido ofrecido como testigo en la Audiencia Preliminar, que el mismo sea ofrecido por el Fiscal como prueba para mejor proveer y así escuchado por el tribunal. Interesa de este voto la opinión de la Sala en cuanto a la admisión u ordenación de prueba nueva por parte del tribunal en la etapa de juicio, ya que amplía el criterio que esboza el artículo 355 en relación con el artículo 320 ibídem:

> Además, el propio Código Procesal equipara, para efectos de la propuesta de prueba para mejor resolver, el ofrecimiento de prueba inadmitida en la fase intermedia y antes ha permitido al juez de la etapa intermedia ordenar el recibo de prueba en debate, cuando ha sido "manifiesta" la negligencia de las partes al omitirla y su fuente resida en las actuaciones de la causa, con lo que se demuestra que el numeral 355 no debe tener una lectura tan restringida como la que proponen los recurrentes, lectura que en todo caso es inconveniente, desde que el sistema se rige por el principio de libre apreciación de la prueba y de libertad probatoria –numeral 182-, de modo tal que siempre que se trate de prueba útil a la causa, legalmente obtenida, que sea puesta en conocimiento de todas las partes, para que puedan objetarla o bien que sea producida con la participación de todos, la objeción para su recibo aparece como desproporcionada y sin justificación, especialmente si la fuente de la prueba ya consta desde la investigación preparatoria, lo que además resta cualquier "*factor sorpresa*" que pueda favorecer la arbitrariedad y la indefensión, elementos que el sistema por el contrario, pretende eliminar. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 572-00, de las 9 horas 35 minutos, del 2 de junio de 2000)

Se refleja acá la contradicción propia que tiene el Código Procesal Penal entre las normas del artículo 320 y 355. Cómo ya se citara, el artículo 320 permite que prueba rechazada en la

etapa intermedia sea ofrecida en calidad de Prueba para mejor proveer en la etapa de juicio. Más el artículo 355, establece que este tipo de probanzas solo se admitirán o serán traídas de oficio si responden a hechos o nuevas circunstancias que deben ser esclarecidos. Las probanzas a las que hace referencia el numeral 320 no resultan sorpresivas en la etapa de juicio, puesto que las partes saben de su existencia desde la Audiencia Preliminar, más por su naturaleza, no quedan contempladas dentro del supuesto del artículo 355, puesto que éste último solo admite elementos probatorios referidos a nuevas situaciones que se presenten en el transcurso del debate.

La solución a este conflicto lo da la Sala Tercera al señalar que en atención al principio de libertad probatoria, así como en razón de la búsqueda de la verdad real, toda prueba pertinente debería ser admitida en debate.

Esta posición sin duda responde no solo a la necesidad de desentrañar el embrollo que causa el legislador con la redacción de ambas normas, sino de garantizar a las partes el pleno ejercicio de sus derechos en el juicio. Pero la Sala Tercera no es legisladora, por lo que no solo no corrige en su esencia las fallas de redacción del Código Procesal, sino que un cambio repentino de criterio puede presentarse y variar el estado de las cosas en cuanto a la prueba ofrecida en debate.

Véase que se da especial énfasis al derecho de defensa, pues se indica que se trata de evitar la indefensión a toda costa frente a la prueba nueva. Como resultado, señala este tribunal de casación que en caso de que fuera prueba que ya se conocía desde la Audiencia Preliminar, aún cuando no se ofreciera o fuera rechazada, la misma no causa sorpresa a las partes. Debe reflexionarse sobre este punto. Si se incorpora en juicio prueba con la que no se contaba o ya se había descartado, es probable que igualmente se cause agravio a la estrategia de la defensa, ya que la misma no tomó esta prueba en cuenta para sostener su tesis en juicio.

En resolución 727-05 de Sala Tercera, no evoluciona mayormente el criterio. Ante la impugnación de la defensa de prueba ordenada directamente por el Tribunal de Juicio, prueba que no había sido ofrecida por el Ministerio Público, responde la Sala lo siguiente:

> El tema que propone la defensora pública, en el tanto cuestiona la facultad del órgano jurisdiccional para ordenar prueba que no le haya sido ofrecida por ninguna de las partes, según lo establecen los artículos 355 y 320 del Código Procesal Penal, no resulta novedoso, siendo que en pronunciamientos anteriores esta Sala ha tenido la oportunidad de establecer su legitimidad dentro de nuestro sistema procesal vigente, de corte marcadamente acusatorio, pues la misma responde a otros principios rectores también tutelados por el legislador…
>
> De acuerdo con lo anterior, es claro que la decisión adoptada por el órgano de mérito, que cuestiona con ahínco la impugnante, no podría calificarse de arbitraria, ilegítima o lesiva de la imparcialidad del Juzgador, pues no podría perderse de vista que conforme a una interpretación integral del ordenamiento jurídico procesal, así como el respeto a los derechos de la víctima y los principios de solución del conflicto y de averiguación de la verdad real (también regulados por la normativa vigente, y por tanto merecedores de tutela), si los Juzgadores estimaban necesaria la recepción de las deposiciones que cita la recurrente, era su obligación ordenar su evacuación, conforme se hizo. Así las cosas, se declara sin lugar el reproche. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 727-05, de las 9 horas 25 minutos, del 1ero de julio de 2005)

Lleva razón la Sala en cuanto a que el ordenamiento jurídico, específicamente el artículo 355 permite que el tribunal de oficio aporte prueba nueva. Más si debería considerar que, a pesar de estar avalado por la norma, se rompe el principio de imparcialidad, el cual prima incluso sobre la averiguación de la verdad de los hechos, y es además garantía para todas las partes, no solo para la defensa. Está el juez haciendo la labor del ente fiscal al aportar probanzas que interesan al primero como detentador de la acción penal, y no al tribunal, quien debe permanecer objetivo e imparcial, según los numerales 6 y 180 del Código Procesal Penal, así como el artículo 8 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

Velando por evitar la indefensión del encartado, sin embargo, Sala Tercera sostiene que, en cuanto al ofrecimiento de oficio de prueba para la defensa, igualmente el tribunal está en la obligación de ordenarla:

> Por ello, se reitera, si un testigo nuevo se presenta ante el Ministerio Público cuando ya se está celebrando un juicio oral y le informa que él presenció el hecho que se investiga, nada obsta para que el acusador lo ofrezca como prueba para mejor resolver en el debate y se la reciba en tal carácter, aunque de ninguna de las probanzas originalmente aportadas se infiera la existencia de ese testigo, pero deberá resultar claro que se trata de una prueba nueva que por completo se

> desconocía antes y no de una maniobra para encubrir un acto de negligencia en las investigaciones, a menos, claro está, que lo que el testigo informa sea favorable al acusado, pues en esta hipótesis necesariamente deberá recibirse el testimonio. La situación del imputado, por otra parte, es distinta. Si decide declarar ante el Ministerio Público cuando se le convoca con ese fin, es al órgano acusador a quien le compete investigar y evacuar toda la prueba que él ofrezca o mencione, pues de lo contrario no solo se produce indefensión, sino que se atenta de manera flagrante contra el principio de objetividad. Si se abstiene de declarar al inicio, pero sí lo hace en el juicio oral ante los jueces, les corresponderá a estos determinar si se están conociendo hechos o circunstancias nuevos que requieran ser esclarecidos y, en caso afirmativo, habrán de ordenar, incluso de oficio, la recepción de las pruebas que resulten útiles. Si no declara en ninguna de las oportunidades, nada impide, sin embargo, que ofrezca en debate para mejor resolver las probanzas que le favorezcan y que no pudo proponer ante el juez de la etapa intermedia, fuese porque las desconocía o porque el Ministerio Público omitió practicarlas. Conviene recalcar que la audiencia preliminar debe constituir un filtro importante y que es allí donde todas las partes, actuando con la debida lealtad, han de señalar cuáles son las pruebas que se practicarán en el juicio. No obstante, se reitera, de forma excepcional se podrán recibir en el debate, para mejor resolver, tanto las que surjan en el curso mismo del juicio y se refieran a hechos o circunstancias nuevos, como las pruebas cuya existencia se desconocía. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 957-05, de las 9 horas 40 minutos, del 19 de agosto de 2005)

Este voto, además, amplía la interpretación del artículo 355 en cuanto a ofrecer nueva prueba que sustente "hechos o circunstancias nuevas":

> El texto indica: *"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"*. Tal parece que tanto los jueces como la fiscalía, entendieron que los nuevos hechos o circunstancias deben surgir de alguna prueba que se haya practicado durante el juicio, por ejemplo, de lo dicho por algún testigo. Esto, sin embargo, no es lo que dispone la norma. Lo que se exige es que los extremos novedosos surjan "*en el curso de la audiencia*", es decir, durante la totalidad del juicio oral, que se extiende desde su apertura hasta su clausura y no se agota en la recepción de las pruebas, que constituye tan solo una de sus etapas. Lo anterior significa que, aun antes de que se inicie la práctica de las pruebas, las partes –cualquiera de ellas– pueden ofrecer para mejor resolver todas las probanzas nuevas y esenciales de cuya existencia no tuvieron conocimiento antes de comparecer al debate o que no existían o no se conocían en el momento previsto por la ley como oportunidad ordinaria para aportarlas (la audiencia preliminar). Así, por ejemplo, el dictamen médico que se obtuvo con posterioridad a la audiencia preliminar, el testigo nuevo que surgió también después de ese momento, podrán ser aportados para mejor resolver desde el inicio del debate y justificará su recepción el solo hecho de que allí la parte

> interesada lo mencione y explique por qué no los había ofrecido antes, sin que sea preciso esperar a que se reciba otra probanza (v. gr.: un testimonio) del que se deduzca la existencia de aquella prueba nueva –lo cual puede nunca llegar a suceder–. Es preciso distinguir con claridad lo que se regula en el artículo 355 de cita. Si se presta alguna atención, se observará que la norma no habla de "pruebas nuevas", sino de "hechos o circunstancias nuevos". Estos últimos sí surgen, por lo general, de lo que se deriva de otros elementos probatorios: v. gr.: si el declarante, quien nunca fue sometido a una pericia médica, manifiesta que a raíz del hecho sufrió ciertas lesiones de las que no había informado anteriormente y el tema reviste interés para decidir, el Tribunal, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, puede ordenar la práctica del dictamen. Este es uno de los supuestos típicos de hecho o circunstancia novedosa que prevé la norma. … 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. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 957-05, de las 9 horas 40 minutos, del 19 de agosto de 2005)

Dos aspectos importantes deben comentarse sobre la resolución 957-05: en primer lugar, aclara que tanto para la Defensa como para el Ministerio Público el tribunal puede ordenar prueba para mejor proveer que le facilite sustentar sus hipótesis. Especialmente garantiza el derecho de defensa, siendo que admite que la declaración del imputado, dado que puede ser rendida en cualquier momento es la que aportara los elementos de prueba necesarias para ejercer su defensa. Si es hasta debate que el imputado declara y ofrece prueba, la misma puede ser ordenada por el juez si el defensor no lo hace. Aún cuando se protege al acusado en este sentido de poder acceder a la prueba, es posible de todas formas el tribunal este actuando de manera parcial, ya que suplanta al defensor técnico y aporta prueba que incluso solo la defensa sabrá si desea ser escuchada en debate o no, sin importar si la mencionó el imputado en su manifestación. La intromisión del tribunal en la estrategia de la defensa técnica y material puede resultar tan perjudicial a la misma como que los jueces suplanten al Ministerio Público o al querellante.

Como segundo punto, aclara la resolución 957-05 el que los hechos o circunstancias nuevas que señala el artículo 355 del CPP se refiere a que se den durante todo el tiempo que dure el juicio, por lo que no solo implica que salten estos hechos nuevos de las pruebas que ya se han escuchado. Esto atina con el principio de amplitud probatoria, y sin duda vela por que se respeten los derechos de las partes. Aún así, el tribunal debería abstenerse de intervenir en

conseguir la prueba, pues solo cada una de las partes sabrá sobre la conveniencia de ofrecerla o no. En igual sentido que los anteriores, se pronuncia Sala Tercera en Resolución 984-05, de las 11 horas 35 minutos, del 26 de agosto de 2005.

Un cambio radical de criterio se presenta en la resolución 394-06 de Sala Tercera, en la cual se limita el papel activo en la ordenación de prueba que hasta este momento se avalaba para el Tribunal de Juicio:

> El artículo 320 da la posibilidad al Juez de la etapa intermedia de incorporar prueba de oficio cuando ha existido manifiesta negligencia de cualquiera de las partes, pero esta es una posibilidad que sólo existe en esa fase del proceso y que no puede ampliarse hasta la etapa del contradictorio, salvo que –de conformidad con los lineamientos expuestos- se trate de: a) prueba pertinente y útil para la defensa, y b) prueba cuyo rechazo implique una vulneración al derecho de acceso de la víctima al proceso penal, como a manera de ejemplo puede resultar ser, su declaración como ofendido dentro del proceso penal. Precisamente la naturaleza marcadamente acusatoria del proceso hace que el juzgador no pueda comprometer su imparcialidad asumiendo la función investigadora que compete únicamente al órgano requirente. Por esas razones, conviene modificar lo sostenido por la mayoría de esta Sala en sentencia número 2005-0727, pues en ese caso no era aplicable lo resuelto mediante resolución 2000-0572, en virtud de en éste último, el problema se refería a la participación de la víctima en el proceso, y no a la incorporación de oficio, de prueba cuyo ofrecimiento fue omitido por el Ministerio Público, caso en el cual, era evidente que el momento procesal para ofrecerla, ya había precluido y que tampoco se encontraba en los supuestos que prevén los artículo 355 y 362 del Código Procesal Penal. D) Del caso en concreto: Específicamente en este caso, el Ministerio Público olvidó ofrecer el testimonio de dos sujetos que habían sido mencionados por la madre del ofendido al presentar su denuncia y por lo tanto, eran conocidas por el órgano acusador. En otras palabras, no se trataba de "hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento"; sin embargo, dicha prueba no fue ofrecida en ningún momento procesal por el Fiscal y no fue sino hasta el momento de la deliberación, que los Jueces ordenan la reapertura del debate y ordenan la recepción de ambos testimonios como prueba para mejor resolver. Es evidente que -tal y como indica quien recurre-, los Juzgadores se extralimitaron en sus funciones, tratando de solventar la inercia con la que actuó el Ministerio Público dentro del proceso, todo lo cual comprometió la imparcialidad que debe caracterizar la función jurisdiccional. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 394-06, de las 9 horas 45 minutos, del 5 de mayo de 2006)

Se acepta por parte de la Sala que se compromete la imparcialidad del juez si asume funciones investigadoras, suplantando aquellas acciones que durante el proceso debió asumir el Ministerio Fiscal. Cuando de prueba que ya conocía el fiscal se trata y que no ofreció en su momento, sea en la audiencia preliminar o en juicio acorde con el artículo 355 del Código Procesal, no es viable que sea el juez quien ordene esta prueba, pues es evidente su interés en que se demuestren las hipótesis que se hayan planteado en la acusación, descartando de principio cualquier propuesta de la defensa en cuanto a la forma en que se dan los hechos investigados. Es importante que Sala Tercera contraríe incluso lo dispuesto en la norma procesal del 355, y que dilucide con esta resolución la importancia de que la prueba para mejor proveer resulta válida si es nueva o depende de circunstancias nuevas, pero, que al tratarse de prueba ya conocida y no ofrecida por el acusador, extralimita su función trayéndola a debate de oficio.

La prueba para mejor proveer traída a debate de oficio, en todo o en parte puede atentar contra el derecho de defensa, aún cuando se ordene prueba de descargo y siempre será contraria al principio de imparcialidad, por ser una acción permitida a un juez que no detenta el poder de acusar ni de investigar. Las consecuencias que esto trae al ejercicio del derecho de defensa son nefastas, pues no solo se enfrenta el acusado a un juez que ya no escucha a las partes de manera equitativa, pues con la ordenación de prueba se entromete en una u otra de las estrategias de los sujetos del proceso, sino que, aún cuando la acción probatoria del juez sea a favor de la defensa, puede entorpecer su plan de acción. El juez, ante todo es un mediador en el conflicto, cuyos poderes legales le imponen la función de dictar una sentencia luego de escuchar al acusador y al acusado en iguales condiciones, sin inclinarse a favor de uno u otro más que en el dictado del fallo.

Se altera por ello el papel de juez al otorgarle la atribución de conseguir elementos probatorios que considere importantes para resolver el caso y por imperio, incorporarlos al proceso. Nuevamente es la norma la que autoriza se pase por alto el Principio de Imparcialidad, ya que si el tribunal ordena prueba es porque responde a algún interés que tiene y que las partes no han cubierto.

La afectación al derecho de defensa es aún más crítico, puesto que se impone prueba que la defensa no conocía y que por ello no había tenido oportunidad de cuestionar y contrarrestar, e incluso, de preparar un interrogatorio para la misma si de prueba testimonial o pericial se trata.

Se atenta contra el derecho del acusado de acceder a los elementos probatorios con el enfoque que considere útil.

El instituto de la prueba para mejor proveer promueve sin duda los principios de libertad probatoria y de amplitud probatoria, más esto a favor de las partes, y no en detrimento de las hipótesis de las mismas, como puede ocurrir en el caso de la defensa.

Rojas (2001, p. 89), ha señalado que es prudente la ordenación de prueba para mejor proveer de oficio en tanto beneficie a la defensa. Más debe considerarse que aún así se violenta el principio de imparcialidad y que, en todo caso, no es aceptable que el tribunal se inmiscuya en las actuaciones que la defensa lleva a cabo en el juicio, puesto que el defensor y el imputado en conjunto tendrán una táctica que seguir y que se podría ver afectada por la prueba que ordene el juez, dando paso a la violación de los derechos de defensa técnica y material, en cuanto a la preparación de la hipótesis de la defensa se refiere.

El defensor, protegido por el mismo artículo 355, puede ofrecer en debate cualquier elemento de prueba que considere necesario para fundar su tesis, y esta valoración solo puede hacerse mediante la conflagración entre la defensa técnica y la defensa material. No es prudente, en pro del resguardo de la comunicación entre abogado e imputado y de su derecho a ejecutar su plan acorde con sus intereses en el proceso, que el juez meta mano en el rol de la defensa.

Cabe hacer referencia a la posibilidad de reabrir el debate que establece el artículo 362 de Código Procesal Penal:

> Artículo 362: Reapertura del debate. 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.

Refleja este artículo una actitud parcializada que se permite al juez: reabrir el juicio para traer pruebas nuevas o en su defecto ampliar aquellas que ya se recibieran. No se ha hecho

especial mención a este numeral como resabio inquisitivo que afecta el derecho de defensa en la etapa de debate, ya que la reapertura en sí se realiza para que el juez adopte la posición de investigador no neutral que ejecutará mediante el ejercicio de los artículos 352 y 355 del Código Procesal Penal. Durante el debate o finalizado este, el juez debe permanecer imparcial y dar el fallo de manera fundada en las probanzas recibidas y en los elementos de fondo y forma que el Código Procesal le exige. Recibir nueva prueba aportada de oficio o interrogar a los testigos durante el debate o tras reabrir el mismo, son actos que dejan claro que el tribunal está tomando una posición a favor de una u otra parte. El irrespeto que sufre el derecho fundamental de Defensa no varía.

Puede, a manera de reflexión, considerarse viable un cambio en la legislación: el caso del artículo 355 del Código Procesal Penal, el mismo debe eliminar del todo la posibilidad de que el juez de juicio ordene de oficio prueba.

Como resultado la redacción del numeral 355 sería la siguiente:

Artículo 355.- Prueba para mejor proveer

> Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar 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.

Si se admite que el tribunal traiga prueba por su propio criterio al debate, se rompe el principio de imparcialidad, pues la prueba que los juzgadores “ofrecen” y admiten, ha de apoyar o desacreditar una u otra de las posiciones de las partes del proceso.

Conseguir la prueba de cargo y de descargo es papel del fiscal y querellante y del defensor, frente a un tribunal imparcial que valorará esta prueba sin mayor interés en una u otra, y dictará el fallo en atención a la tesis que mayor sustento probatorio tenga, sin dejar de lado, como ya se indicara, los principios de Inocencia y de In dubio pro Reo.

Pero un juez que investiga por si mismo sin duda presenta la doble función de juez y parte, resabio del proceso penal inquisidor, en el cual la defensa en especial era anulada frente a la persecución estatal. El imputado, sujeto al proceso, se ve indefenso ante el poder del Estado representado por el juez, quien a la vez investiga, comulgando probablemente los resultados de sus pesquisas con la culpabilidad del encartado.

Aun cuando la prueba que ordena el tribunal beneficie a la defensa, igualmente se rompe el principio de imparcialidad, y se afecta el derecho de defensa en cuanto a la preparación de las estrategias para debate, si el tribunal se entromete en las probanzas de descargo.

Debe tenerse claro que la posición de la defensa en el juicio no precisa ser revelada por el abogado salvo cuando lo considere oportuno, por lo que es irrespeto a los derechos del imputado que el tribunal sonsaque sus intenciones y las exponga ante la contraparte. Ordenar prueba de oficio que le corresponde a la defensa, es una forma de transgredir la privacidad de la parte acusada.

Con estas reformas, quedaría inutilizado el artículo 355 del Código Procesal referido a la reapertura del debate, puesto que no está el tribunal autorizado a traer prueba de oficio a debate, y menos aún para ampliar declaraciones de los testigos y peritos. Pierde sentido entonces mantener la figura procesal de este numeral, por lo que se propone la derogatoria del mismo.

3.3 La víctima ante la reforma del artículo 355 del Código Procesal Penal.

Tal como se indicara de previo, la imparcialidad del juez es esencial para que se imparta justicia en el proceso penal y la legislación costarricense no debe presentar la excepción. Si el tribunal se inmiscuye en la averiguación de la verdad, este ya estará tomando partido a favor de una u otra de las partes que han acudido al mismo en busca de una solución al conflicto.

Impedir que el juzgador traiga prueba al debate, como ya se ha visto, garantiza el principio de imparcialidad, ya que la prueba vendrá teñida de contenidos que muestren su

naturaleza de cargo o descargo, y por ello, beneficiará la posición de una u otra parte. Resulta por ello un equilibrio para las partes si el juez no investiga, solo decide. Así, el actor procesal que pretenda defender la postura de la víctima u ofendido se vería igualmente favorecido con la imposibilidad legal de que el tribunal aporte probanzas, ya que no se verá en peligro de estar en presencia de un abuso sobre su criterio y perspectiva procesal. Pero no se niega el derecho del interesado, la víctima, por medio del Ministerio Público, querellante o actor civil, que aporte nuevos elementos probatorios que sustenten su hipótesis del hecho y sus efectos legales y procesales.

En suma, la garantía procesal de la imparcialidad judicial debe crear confianza en el sistema procesal penal, independientemente de que el sujeto se presente como acusado o como acusador, como ofensor o como ofendido. Limitar las intromisiones del juez en la producción de la prueba es un ideal que va más allá de la protección de los intereses de los actores del proceso: va en busca de justicia.

IV. CONCLUSIONES

Luego de finalizada esta exposición, las conclusiones a las que se han arribado son las siguientes:

1. La historia del proceso penal en Costa Rica ha pasado por diversas etapas, en las cuales se ha visto representado el derecho de defensa. En el período que comprende el Código General, también llamado Código de Carrillo, a partir de 1841, la investigación era llevada a cabo por el juez penal, y el derecho de defensa del *reo* se limitaba a unas pequeñas actuaciones en el proceso, en la cual, principalmente, por medio de la tortura y la prisionalización se procuraba la confesión. No se contaba con patrocinio letrado hasta muy avanzado el proceso y este era incluso el que propulsaba la aceptación de los cargos. Posteriormente, en 1910, se instaura un Código de Procedimientos Penales independiente, el cual conserva la naturaleza inquisitiva del anterior. En un proceso de naturaleza escrita, el papel protagónico en la investigación lo lleva el juez, quien tiene total acceso a interrogar al acusado con o sin la presencia de un defensor, el cual se asignaba con posterioridad a la primera declaración del acusado. No se garantizaba el derecho de abstención, ni la intimación de los hechos y la tortura física y psicológica eran medios normales para obtener la confesión, la cual se consideraba plena prueba.

2. Con la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1973, varía notablemente el proceso penal y con éste, la protección al derecho de defensa. Con un proceso cuya etapa de instrucción es escrita y protagonizada por un juez investigador, y la fase de debate es oral y limita un poco más la actuación del juez de juicio, aparece el derecho de defensa a lo largo de todo el proceso como un derecho irrenunciable e inviolable, otorgándose al imputado patrocinio letrado desde su primera declaración. Puede el acusado, por sí o por medio de su defensor, ofrecer la prueba de descargo desde ese momento y se le reconoce el derecho de abstención. En el debate, aparecen las figuras de la ampliación del requerimiento fiscal, el interrogatorio abierto del juez y la prueba

aportada de oficio, como muestras del llamado “impulso procesal de oficio” que detenta el juzgador en esta etapa, en aras de la búsqueda de la verdad real.

3. El 1 de enero de 1998, entra en vigencia el Código Procesal Penal de 1996, el cual es promocionado como el propulsor de un proceso penal con alta influencia acusatoria, que presenta avances no solo en el reconocimiento expreso, en su primera parte, de una serie de principios básicos para acreditar el debido proceso, sino que, en cuanto al derecho de defensa, lo garantiza expresamente desde los primeros actos de la investigación y aún previo a la declaración.

4. En el Código Procesal Penal de 1996, la inviolabilidad de la defensa se establece en el artículo 12 y se refiere incluso al derecho internacional y al derecho comunitario, ampliando las fuentes de consulta sobre los contenidos del mismo de manera notoria. En la etapa de juicio, la cual ha sido el centro de este estudio, no se dan grandes variaciones a favor del derecho de defensa, salvo la posibilidad de que el defensor interrogue a sus testigos primero que el resto de las partes.

5. En la fase de debate del Código Procesal Penal de 1996, se establecen tres institutos que mantienen rasgos de corte inquisitivo, llegando a afectar el derecho de defensa: la ampliación de la acusación en debate del artículo 347; el interrogatorio del juez con base en le numeral 352; y en la norma 355, la prueba para mejor proveer aportada de oficio.

6. Para afirmar lo anterior, se hace necesario detener en el análisis de los alcances delderecho de defensa. Contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica y los artículos 12, 82 y siguientes del Código Procesal Penal, el Derecho de Defensa es un derecho fundamental irrenunciable e inviolable.

7. La primera arista del Derecho de Defensa es el derecho a contar con un defensor, el cual ha de ser de confianza del encartado. El patrocinio letrado es esencial en el ejercicio de la defensa, ya que es el abogado el que alecciona al acusado sobre la mejor manera, acorde al proceso, de llevar al mejor término los resultados del proceso. Defensor técnico y acusado deben contar con el tiempo, las condiciones y las posibilidades legales y

materiales de preparar la estrategia de defensa a su conveniencia. Debe garantizarse la confidencialidad y la oportunidad de las comunicaciones con el defensor cuando el acusado se encuentra privado de libertad.

8. El derecho a la intimación se configura cuando se le pone en conocimiento al imputado, desde el inicio de las investigaciones, los hechos que se presumen en su contra. El derecho a la imputación se da en el momento en que se le comunican al acusado los cargos de la acusación, lo que permite que la defensa se prepare debidamente, ofrezca la prueba de descargo y rebata los hechos que se le achacan. Una imputación completa es necesaria para poder afrontar la apertura a juicio que solicita el Ministerio Público.

9. Unido al anterior, el derecho de acceso a la prueba contempla el que el imputado y su defensor tengan plena facultad de conocer, interrogar, cuestionar e investigar la prueba de cargo, así como de aportar la prueba de descargo que contrarreste la anterior, en todas las etapas procesales que lo admitan. Aplican los principios de libertad probatoria y de amplitud probatoria.

10. El derecho de abstención y el derecho de rendir declaración contemplan la imposibilidad de que el acusado sea obligado a declarar bajo forma alguna de coacción, amenaza o tortura. Además, tiene el derecho de rendir declaración cuando lo considere pertinente a lo largo de todo el proceso.

11. Tiene conjuntamente el acusado el derecho a ejercer su defensa material, sea, la que él asume a su favor y en concordancia con la defensa técnica. Esto garantiza que la opinión del imputado debe ser atendida por su defensor y los otros participantes del proceso, sin que se le niegue esta opción, no importa el momento procesal en que se encuentre.

12. Los criterios de aplicación del derecho de defensa han sido desarrollados en forma amplia por la Sala Tercera de Casación Penal, el Tribunal de Casación, la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo esta jurisprudencia fuente de interpretación de los alcances de este derecho en la práctica procesal costarricense.

13. Tres modelos procesales penales se han presentado a lo largo de la historia, con su respectiva influencia sobre el ejercicio del derecho fundamental de defensa. El sistema acusatorio, de origen romano, se caracteriza principalmente porque la acción penal es ajena a la figura del juez, correspondiendo al ofendido, representado en nuestro sistema por el Ministerio Público. El juez no realiza labores de investigación, sino que es solo un árbitro pasivo en la disputa y el debate se caracteriza por ser un contradictorio con igualdad de fuerzas entre el acusador y el acusado. En el sistema acusatorio, el derecho de defensa goza de libre ejecución, pues la igualdad de armas que se garantiza frente al ente investigador y la imparcialidad del juez permiten que el imputado y su defensor ejerzan este derecho para prepararse para el contradictorio. El acusado es sujeto de derechos.

14. El sistema inquisitivo, en representa el otro extremo. En este, que se originara a finales del siglo XIII en Roma y subsistiera hasta el siglo XIX, presenta entre sus rasgos más definitorios el que la acción penal la llevaba a cuestas el juez junto con la función de juzgar, siendo un juez parcializado hacia los resultados de la investigación que él mismo realizara. El proceso, escrito, secreto y no contradictorio, objetiviza al imputado, negándole todo derecho de defensa, salvo la designación de un defensor en etapas avanzadas del proceso, el cual veía por que se diera la confesión, la cual se considera plena prueba.

15. Por último, y resultado de la conjunción de los sistemas acusatorio e inquisitivo nace el llamado Sistema Acusatorio Formal o Sistema Mixto. Este se distingue por presentar una etapa de investigación de carácter escrito y secreto y una fase oral y pública, el debate, en la cual un juez imparcial escucha a las partes con en calidad de iguales exponer sus hipótesis, y dicta un fallo final debidamente fundado. El imputado es visto como sujeto de derechos a lo largo del proceso y en cada etapa de este puede ejercer su derecho de defensa.

16. . No debe olvidarse que la instauración del Código Procesal Penal de 1996 pretendió dar un giro garantista al proceso penal costarricense, no solo asentando positivamente los Principios que regulan el sumario, sino los derechos y deberes de las partes. Además, al

devolvérsele el conflicto a las partes, la intromisión del juez resulta innecesaria, puesto que son los actores, defensa y acusador, los que deben ver que sus intereses, acorde con su función procesal, se cumplan. El proceso penal instaurado en Costa Rica por el Código Procesal Penal de 1996 es de corte Mixto, más con una gran influencia del proceso acusatorio, la cual se refleja en tres etapas procesales previas a la sentencia

17. La etapa Preparatoria presenta a un fiscal encargado de la investigación, el cual detenta la acción penal y es el que determina si acusa formalmente o no al imputado. Esta fase es secreta y escrita, más desde los actos propios de la investigación el imputado y su defensor tienen participación activa en la misma. La Etapa Intermedia, la cual se realiza en una audiencia oral y privada presidida por un juez imparcial, es la que define el fin de la causa o su continuación hacia debate. Acusador y acusado presentan sus pruebas ante el juez, y el primero la pieza acusatoria con la que se hace la imputación formal al indiciado.

18. La Etapa de Juicio está informada por principios fundamentales del Debido Proceso y por medio de la publicidad, la oralidad, el contradictorio, la inmediatez de la prueba, la igualdad de las partes y el derecho de defensa, un juez imparcial define el conflicto. Esta fase de juicio es la que supone representa de la mejor manera los principios acusatorios, que dan las mayores garantías y equidad de armas a la defensa y al representante del Ministerio Público y querellante de haberlo. Sin embargo, tres normas específicas permiten que en el plenario se violente el Principio de Imparcialidad y de Objetividad, afectando notoriamente desde la letra de la ley el Derecho Fundamental de Defensa.

19. El artículo 347 del Código Procesal Penal admite variaciones en la acusación en la fase de juicio, variaciones que incluyen hechos o circunstancias nuevas que varíen la calificación jurídica o que establezcan la existencia de un delito continuado. Una vez que se haya admitido la variación, dice la norma, procede una nueva imputación de los hechos al acusado, ante la cual el mismo podrá ofrecer prueba y solicitar plazo para preparar su defensa. Este plazo, acorde con el Principio de Inmediatez y de Justicia Pronta y Cumplida, no podrá exceder de 10 días, conforme con el numeral 336 inc. g. del mismo

Código. Este artículo atenta contra el derecho de defensa por varias razones: la imputación al acusado de los hechos es parte del derecho de defensa, ya que es por medio del conocimiento completo de los cargos y de la prueba en contra que el abogado y su representado pueden establecer una estrategia de defensa para el debate y aportar la prueba para sustentarla. La acusación es el documento en el que se hace constar esta imputación, y por tanto es la pauta a seguir para determinar la línea y de defensa. Llegado el debate, la defensa ya ha aportado su prueba previo estudio detallado del caso, y tiene listos los argumentos que debilitarán el requerimiento en su contra. Una variación imprevista en la pieza acusatoria provocará incertidumbre procesal en contra de la defensa, violentando no solo el derecho de imputación, puesto que el conocimiento de los cambios se hace en forma súbita en el juicio, sino el derecho a planear con tiempo y medios suficientes la respuesta a las variantes en la acusación, ya que diez días no necesariamente serán suficientes para que la defensa se prepare. Si el Ministerio Público o el querellante varían sus cargos, podrían eventualmente ofrecer prueba para sostenerlos en el plenario. Esta prueba también sería sorpresiva para la defensa y se plantea la imposibilidad de conocerla en su totalidad, por lo que el acceso a la misma queda vedado, al menos parcialmente. Aún más graves son aquellos casos en que es el tribunal el que impulsa al fiscal a realizar los cambios en la acusación, puesto que se entromete en una función que, en atención a la imparcialidad, no puede ejecutar. En suma, a pesar de que el artículo 347 contempla el derecho del incriminado a responder a la ampliación de la acusación, las posibilidades reales de que la defensa sea eficaz en este supuesto son pocas. La naturaleza inquisitiva de la misma deriva del irrespeto que representa contra el derecho de defensa, considerando la imputación un acto meramente formal así como el resto de los alcances de las facultades procesales del imputado.

20. La norma del 352 del Código Procesal admite que, una vez que las partes han interrogado a testigos y peritos, el tribunal proceda con el interrogatorio. El tinte inquisitivo de la norma es aún más claro que con el precepto anterior: el juez puede asumir funciones de investigador que en atención al Principio de Imparcialidad no le corresponden. La imparcialidad del juez, garantía procesal contemplada en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículo 6 y 180 del Código Procesal Penal, es la limitante por excelencia del

juez, el cual debe permanecer neutral a lo largo del debate, hasta la sentencia, lo que garantiza la igualdad de armas de las partes en el contradictorio. Es así mismo esencial para que pueda desarrollarse el derecho defensa, ya que en un sistema donde el juez ha de escuchar a las partes, el imputado tiene plena oportunidad de demostrar su teoría de defensa al juez. Pero si este último, que representa el poder punitivo del estado toma partido, se torna un investigador y deja al acusado solo frente al aparato estatal. A pesar de lo anterior, y de la influencia acusatoria que tiene el proceso penal actual, se ha dado poderes al juez, en aras del llamado "*impulso procesal de oficio*" o "*investigación judicial autónoma*", para que este busque por sus medios la verdad, y no se limite a la verdad que tratan de demostrar las partes. Cuando el juez interroga, toma partido irremediablemente, pues se entromete en la función del acusador o del defensor. Si asume el rol de acusador e investigador, afecta la defensa por cuanto no solo deja de lado la imparcialidad, sino que deja en desventaja a esta parte procesal. En forma similar, si el juez asume el papel de la defensa, puede estar echando por tierra la estrategia de la misma con su interrogatorio, aún cuando prevea que le puede ser de utilidad. El artículo 352 ni siquiera prevé recursos procesales para que el acusado detenga el interrogatorio del juez, más que protestas verbales que pueden ventilarse hasta casación.

21. En el mismo orden de ideas, el artículo 355 contempla el instituto de la prueba para mejor proveer. De interés para este punto es la potestad que se le otorga al juez de ordenar esta prueba de oficio. Nuevamente cuenta el juzgador con licencia para jugar la doble labor de juzgar e investigar, sorprendiendo a la defensa con pruebas que no ha solicitado ésta o su contraparte, sino el tribunal que se asumía como imparcial. Estos elementos de prueba, que no han sido conocidos de previo por el acusado, son ordenados por un interés especial del juez, y ya sea prueba que beneficie a una u otra de las hipótesis planteadas en el contradictorio, intervienen negativamente, como ya se estimara en el caso del artículo 352, con el derecho de defensa.

22. Al corresponder la ampliación de la pieza acusatoria, el interrogatorio del juez y la prueba para mejor proveer de oficio con formas legales de afectar el derecho de defensa, debe darse solución pronta a esta contradicción entre el Debido Proceso y las reglas de la fase de juicio que se han referido, pues incluso contravienen el espíritu acusatorio del proceso

penal. De tres soluciones propuestas, dos parecen ser las viables: la primera, limitar la aplicación de estas normas en atención a los contenidos del derecho de defensa del imputado, al Principio de Inocencia y al Principio In Dubio pro Reo. Cuando del artículo 347 se trata, está plenamente autorizado el juez, como garante del Debido Proceso, para limitar cualquier cambio en la acusación que afecte a la defensa por su carácter sorpresivo. Al tratarse del reconocimiento de un derecho fundamental que se ve afectado por la incertidumbre que provoca el acusador, el juez no puede limitarse a ser un simple observador.

23. Y si de las facultades del juez dadas por las normas del 352 y del 355 del Código Procesal se trata, los Principios de Inocencia y de In Dubio pro Reo son el asa legal del juez para absolver sin intervenir en la investigación que supone el debate, ya que, si interroga u ordena prueba, es porque de una u otra manera no logra llegar a una solución justa con solo los elementos probatorios que se le han expuesto por las partes en el juicio. Y si hay duda, el ordenamiento jurídico obliga al tribunal a resolver a favor del imputado, como lo establecen los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 39 de la Constitución Política y 9 del Código Procesal Penal.

24. Puede afirmarse que existen tres formas de resolver el conflicto entre los artículos 347, 352 y 355 del Código Procesal Penal y el ejercicio pleno del derecho de defensa como un derecho fundamental. La primera de ellas sería evitar su aplicación por parte de los jueces que intervienen en el debate, amparándose en la garantía del Debido Proceso para el imputado, así como en la necesidad de respetar los derechos fundamentales de éste, como es el caso del Derecho de Defensa. La ampliación de la acusación, entonces, no debe ser admitida por el tribunal cuando la modificación lesione el derecho de imputación y la preparación de las maniobras de la defensa a favor del acusado, puesto que tanto el ente fiscal como el tribunal deben atenerse al respeto de estos derechos. Menos aún debe el juez impulsar o sugerir las variaciones en la pieza acusatoria en la figura del fiscal, pues esto sería entrometerse en el papel de acusador. Esta primera solución se podría implementar si se cuenta con un cambio en la cultura del juez, que aún acostumbra no solo a investigar para dar con la verdad real, como lo es en la aplicación de los artículos 352 y 355 del CPP, sino que lo hace legalmente amparado en las normas ya

vistas. Los jueces costarricenses no abandonan del todo el rol inquisitivo que se les instaurara con el Código de Procedimientos Penales de 1973 y que se sostiene hasta hoy día, y han hecho de la facultad de ejercer la Investigación Judicial Autónoma más que un acto de excepción, una costumbre. Deben los jueces y sus capacitadores hacer un esfuerzo por comprender que la imparcialidad es un derecho fundamental para el acusado y las partes en general, y que a pesar de que la legislación les autoriza a permitir la ampliación de la acusación, interrogar testigos y peritos y traer de propia mano nuevas pruebas al debate, las normas en sí atentan contra los derechos del imputado, y ni que decir la materialización de las mismas (arts. 35 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). El derecho de defensa no consiste solo en contar con patrocinio letrado y tener acceso al expediente. Los contenidos totales del mismo deben ser conocidos por los tribunales que imparten justicia, y con este como estandarte, limitarse en sus actuaciones que puedan afectarlo. Además, el imputado se ve protegido por otros dos principios procesales: el Principio de Inocencia y el Principio de In Dubio pro Reo. Con vista en el primero, es al ente acusador y no al juez al que le corresponde probar la culpabilidad del acusado. Si el Ministerio Público o el querellante, detentadores de la acción penal, no logran demostrar la responsabilidad del encausado, el juez debe atenerse a este principio y absolver. Y si de las propuestas de las partes le queda la incertidumbre al tribunal sobre la veracidad de una o de la otra, la respuesta atenta a los derechos fundamentales del acusado no es echar mano de las prácticas de los artículos 352 y 355 del Código Procesal Penal. Por el contrario, si lo que se procura es resolver el conflicto en el que hay duda, impera el Principio de In dubio pro reo (art. 9 ibidem), e igualmente debe el juez fallar a favor del imputado. Esto no implica que el juez desampare los derechos de la víctima o el ofendido: dentro de las labores del Ministerio Fiscal, y siempre amparado en su deber de objetividad, éste debe tratar de dar con la verdad de los hechos, que, de coincidir con la versión de la víctima, por lógica el resultado del debate irá a su favor. El acusador tiene la opción de interrogar a los testigos y peritos y de traer prueba para dar firmeza a la acusación, la cual se basa en la denuncia que víctima u ofendido hayan presentado para dar inicio al proceso. Entre los derechos de la víctima y del imputado no es deber del juez escoger, pues su rol como mediador en el juicio lo hace

garante de ambos. Más si debe atenerse a los principios que regulan el proceso penal, en el cual nunca se peca de garantista.

25. La segunda solución, es restringir mediante la jurisprudencia, la aplicación de las tres normas que se han venido citando, como buenamente lo ha intentado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esta solución cuenta con dos limitantes: La primera de ellas sería que la Sala Tercera entraría a jugar el papel de un legislador informal que no le corresponde, además que sus pautas no son de acatamiento obligatorio. La segunda limitante es que los criterios de este tribunal de casación varían en el tiempo e incluso con la configuración del grupo de magistrados que la componen, por lo que se está expuesto a que el derecho de defensa se proteja más en unas resoluciones que en otras, lo que carece de lógica al tratarse de un derecho fundamental inviolable por mandato constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica, por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 y por el artículo 12, 82 y concordantes del Código Procesal Penal.

26. Esto conduce a la tercera solución: variar la redacción de los artículos 347, 352 y 355 del Código Procesal Penal (que arrastraría tras si al artículo 362 ibídem), en aras de que se proteja la imparcialidad del juez a favor del acusado y de las partes, así como evitar que se den transgresiones contra el Derecho de Defensa.

27. Una reforma legal a estos tres artículos evitará que sea necesaria la interpretación que por medio de la jurisprudencia se ha hecho de la aplicación de los mismos en debate, fallos cuyos contenidos están destinados a variar en el tiempo y acorde con las opiniones de los profesionales que los emitan. No debe permitirse que normas en el sistema procesal costarricense de manera flagrante atenten contra el ejercicio de derechos fundamentales, como lo es el derecho de defensa. Un Estado democrático de derecho que se precie de serlo, debe garantizar los derechos fundamentales de los sujetos que son sometidos al poder jurisdiccional del mismo, para propulsar la igualdad y la dignidad de todos los sujetos.

28. Al momento de proponer las reformas a los contenidos de los artículos 347, 352 y 355 del Código Procesal Penal, debe tomarse en cuenta la necesidad imperante de garantizar el libre ejercicio del derecho de defensa en la fase del plenario, pues la misma ha sido catalogada por la doctrina como la fase principal del proceso, lo que resulta fácilmente apreciable en la práctica. Todos los contenidos de este derecho pueden ser puestos en práctica por el imputado y su defensor a lo largo del plenario, sin que su actuación se vea afectada por los vicios inquisitivos legalmente admitidos a los que se ha hecho referencia. No obstante, las reformas legales que se propongan no deben bajo ninguna circunstancia vedar el ejercicio de los derechos de defendidos y víctimas, así como los deberes y facultades de participación del Ministerio Público o el querellante privado, o permitir que la defensa abuse de su derecho en detrimento de los principios fundamentales que informan al Debate en el proceso penal costarricense.

V. BIBLIOGRAFIA

Bibliografía Citada

LIBROS

1. Albanese, Susana (2000) Garantías Judiciales: Algunos Requisitos del debido proceso penal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (1era edición) Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

2. Alvarado Chacón, Rosario; Morales García, Jorge Luis (2004) La Negociación en la Justicia Penal: la posición del Juez. Estudio comparado. (sin n. edición) Managua, Nicaragua: APICEP de la UPOLI

3. Antillón Walter (1994) Los Código Penales iberoamericanos. Costa Rica. (sin n. ed) Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Gente Nueva.

4. Arias Nuñez, Carlos; Jiménez Vázquez, Carlos María. La víctima en el proceso penal costarricense. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.(1era edición, 1era reimp) San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. Pp. 215-250.

5. Armenta Deu, Teresa. (1995). Principio Acusatorio y Derecho Penal.(sin n. edición) Barcelona, España: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona: JM Bosch Editor.

6. Armijo Sancho, Gilbert; Llobet Rodríguez, Javier; Rivero Sánchez, Juan Marcos (1998) Nuevo Proceso Penal y Constitución. (1era edición). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

7. Ary, Donald; Jacobs, Lucy Cheser; Razavieh, Asghar. (1997). Introducción a la Investigación Pedagógica. (2ª edición). México, McGraw-Hill.

8. Benavides, Enrique (1976). El Crimen de Colima. Un error Judicial. (3era edición). San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica.

9. Beltrán Nuñez, Arturo (1996) . La prueba de defensa. En: La prueba en el Proceso Penal (s.n edición). Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.

10. Bergman, Paul. (1989). La Defensa en Juicio. (1era edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.

11. a) Binder, Alberto M.(1993) Introducción al Derecho Procesal Penal. (1era edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad Hoc s.r.l.

b) Binder, Alberto (1993) Justicia Penal y Estado de Derecho. (1era edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.

12. Borja Jiménez, Emiliano (2001) Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal.(1era edición) San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental

13. Bustos Ramírez, Juan (2000). Presente y futuro de la victimología. En: Víctima y Proceso Penal costarricense. Antología. Compilador: Issa El-Khoury Jacob, Henry (1era edición) San José, Costa Rica: Escuela Judicial, Poder Judicial.

14. Cafferata Nores, Jose I. (2005). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. (1era reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto.

15. Cambronero Delgado, Jose Luis (2000). Hacia el fortalecimiento de la víctima en el proceso penal costarricense. En: Víctima y Proceso Penal costarricense. Antología. Compilador: Issa El-Khoury Jacob, Henry (1era edición) San José, Costa Rica: Escuela Judicial, Poder Judicial.

16. Carnelutti, Francesco (1950) Lecciones sobre el proceso penal (s.n. ed). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores.

17. Carocca Pérez. Alex. (1998) Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. (Sin n. de edición) Barcelona, España: JM Bosch Editor.

18. Castillo Barrantes, J. Enrique (1992). Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. (2nda edición). San José, Costa Rica: Juritexto.

19. Cruz Castro, Fernando. (1989) La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho. Unidad Modular VI.(1era edición) San José, Costa Rica: ILANUD, Depto de Capacitación.

20. Dall´ Anese Ruiz, Francisco. (1996) El Juicio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.(1era edición, 1era reimp) San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. pg 649-694.

21. Ferrajoli, Luigi. (1995) Derecho y Razón. (sin n. ed). Madrid, España: Editorial Trotta.

22. Ferrandino Tacsan, Alvaro, Porras Villalta, Mario.(1996) La Defensa del Imputado. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. (1era edición) San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.

23. Gimeno Sendra, Vicente (2004). Derecho Procesal Penal. (1era ed) Madrid, España: Editorial Colex.

24. González- Cuellar Serrano, Nicolás (1990) Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal (s.n. edición) Madrid, España: Ed. Colex.

25. Guarneri, José (1952). Las partes en el proceso penal. (s.n. ed). Puebla, México: Editorial José M. Cajica Jr.

26. a. Hassemer, Winfred; Muñoz Conde, Francisco (1989) Introducción a la criminología y al derecho penal (s.n edición). Valencia, España: Tirant lo blanc.

b. Hassemer, Winfred; Muñoz Conde, Francisco (2001) Introducción a la criminología (s.n edición). Valencia, España: Tirant lo blanc.

27. Hendler, Edmundo S. (1999) Sistemas Procesales Penales Comparados (1era edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.

28. Hernández Sampieri, Roberto. Fernández Collado, Carlos. Baptista Lucio, Pilar. (2002). Metodología de la Investigación. México: Mc.Graw-Hill Interamericana de México S.A.

29. Herrera C. Luis Guillermo (1974). Las nulidades en el proceso civil.(sin n.ed) San José, Costa Rica: Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

30. Hirsh Hans Joachim (2001) Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. En: De los delitos y de las víctimas (1era reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.

31. Houed Vega, Mario; Sánchez Romero, Cecilia; Fallas Redondo, David (1998). Proceso Penal y Derechos Fundamentales. (1era edición). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

32. Jiménez Asencio, Rafael (2002) Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez imparcial. (sin n. ed). Navarra, España: Ed. Aranzadi.

33. Kerlinger, Fed N.(1988). Investigación del Comportamiento. México: Mc.Graw-Hill Interamericana de México S.A.

34. Konh Gallardo, Marco A (2000) Manual para jueces penales (s.n. ed) Asunción, Paraguay: Nacional Center of State Courts, Poder Judicial

35. Ledesma, Julio C. (1973) El proceso penal. II. El Plenario. (1era edición) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Pannedille.

36. Leone, Giovanni. (1963) Tratado de Derecho Procesal Penal. I. (1era edición) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-America

37. a) Llobert Rodríguez, Javier (1993) La reforma procesal: un análisis comparativo latinoamericano-alemán (1era edición) San José, Costa Rica: Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia.

b) Llobet Rodríguez, Javier. (1999). Garantías y Sistema Penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria. (1era. Edición).San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas Arete.

c) Llobet Rodríguez, Javier. (2005). Derecho Procesal Penal. Tomo I: Aspectos Generales (1era Edición). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

d) Llobet Rodríguez, Javier. (2005). Derecho Procesal Penal.Tomo II: Garantías Procesales, primera parte (1era Edición). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

38. Maier, Julio (2001) La víctima y el sistema penal. En: De los delitos y de las víctimas (1era reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.

39. Manduca, F. (s.f.) El procedimiento penal y su desarrollo científico (s.n. ed). Madrid, España: Editorial España Moderna

40. Manzini, Vincenzo (1951) Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. (s.n. ed). Buenos Aires, Argentina: editorial EJEA

41. Mejía, Mariano Germán (1996). El juez como garante de la contradictoriedad de los debates y el derecho de defensa. En: Institucionalidad y Justicia. Hacia una doctrina dominicana. Vol. II (1era edición). Santo Domingo, República Dominicana: Fundación Institucionalidad y Justicia

42. a) Mora Mora, Luis Paulino.(1996) Los Principios Fundamentales que informan el Código. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.(1era edición) San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico

b)Mora Mora, Luis Paulino (1994) Garantías constitucionales en relación con el imputado. En: Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz. Universidad Autónoma de Centroamérica (1era edición) San José, Costa Rica: Imprenta y litografía Hermanos García.

43. Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín (2005). Derecho Procesal Penal. (2nda ed) Valencia, España: Editorial tirant lo blanc,

44. Orgeira, José María; Quantin Norberto Julio (1972) El Juicio Correccional (s.n. ed) Buenos Aires, Argentina: EDIAR

45. Rivero S., Juan Marcos. (2001) Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado. (1era edición). San José, Costa Rica: Areté.

46. Rodríguez Campos, Alexander (2004) Deber de Lealtad en el Proceso Penal. En: Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre (1era edición) San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

47. Roxin, Claus; Artz, Klaus; Tiedemann Klaus (1989). Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal (1era edición). Barcelona, España: Editorial Ariel.

48. Roxin, Claus (2000). Derecho Procesal Penal. (25 ed). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l.

49. Sentis Melendo, Santiago (1967) Estudios de Derecho Procesal Penal I. (1era edición) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.

50. Sierra Bravo, Restituto. (1985). Técnicas de Investigación social. Teoría y Ejercicios. Madrid, España: Editorial Paraninfo S.A.

51. Vazquez Rossi, Jorge Eduardo. (1989) La Defensa Penal. (2nda edición). Santa Fé, Argentina: Rubinzal – Culzoni editores.

52. a) Vélez Mariconde, Alfredo (1969) Derecho Procesal Penal. Tomo II (2nda edición). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner.

    b) Vélez Mariconde, Alfredo (1982) Derecho Procesal Penal. Tomo II (3era edición, 1era reimpresión). Córdoba, Argentina: Ediciones Lerner

53. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Virgolini, Julio E.S., García Méndez, Emilio, Larrandat, Lucila E. (1992) El sistema penal argentino.(1era edición) Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.

ARTÍCULOS DE REVISTA

1. Aldana Rozo, Luis Enrique.(1985-1986) Proceso acusatorio, inquisitivo y mixto. En: Derecho penal y criminología. Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. III, N.27-28 Sep-Dic 1985, Enero- Abril 1986. Bogotá Colombia.

2. Alvarado Vargas, Eddie.(1992) La declaración del imputado; un medio de defensa o un medio de prueba. San José, Costa Rica, En: Revista de Medicina Legal de Costa Rica. Volumen #9, Número 1. mayo 1992.

3. Bernal Cuellar, Jaime.(1985-1986) Derechos Humanos. En especial el Derecho de Defensa en el procedimiento penal. En: Derecho penal y criminología. Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. III, N.27-28 Sep-Dic 1985, Enero- Abril 1986. Bogotá Colombia.

4. Binder , Alberto M. (2005). La fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República En: Revista de Ciencias Penales, n. 23, año 17, noviembre 2005. San José, Costa Rica

5. Bovino, Alberto.(2005) Contra la Inocencia. En: Revista de Ciencias Penales, n. 23, año 17, noviembre 2005 San José, Costa Rica

6. Calvo Sánchez, María del Carmen.(2001) La prueba: disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil L1/2000. En: Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial. N. 64, 2001. España.

7. Campos Calderón, J. Federico.(2005) La garantía de imparcialidad del juez en el Proceso Penal Acusatorio. En: Revista de Ciencias Penales, n. 23, año 17, noviembre 2005 San José, Costa Rica

8. Carballo Armas, Pedro.(2001) La progresión de los derechos fundamentales: el caso de la asistencia letrada al detenido. En: Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial. N. 64, 2001. España.

9. Gutiérrez-Alviz y Conrad, Faustino. (1973) Aspectos del Derecho de Defensa en el proceso penal. En: Revista de Derecho Procesal Penal Iberoamericana. N. 4, año 73. Madrid, España.

10. Heinz Gossel Kart. (1980) La Defensa en el Estado de derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas. En: Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Año 3, Ns 9 a 12, 1980. Buenos Aires, Argentina.

11. Herrera Castro, Luis Guillermo.(1984) El Debido Proceso en el ordenamiento jurídico costarricense. En: Revista Judicial n.36, setiembre 1984, año IX. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

12. Mazariego García, José Alberto (1976) El Derecho de Defensa procesal. San José, Costa Rica, En: Revista Judicial #1, año 1976

13. Mena Artavia, Giovanni. (2006) Consideraciones sobre la valoración de la verdad en el proceso penal. En: En: Revista de Ciencias Penales, n. 24, año 18, noviembre 2004. San José, Costa Rica.

14. Rojas Salas, Manuel. (2001) La prueba para mejor proveer en el juicio oral. En: Revista de la Defensa Pública. N.1. octubre 2001, San José, Costa Rica.

15. Salazar Villegas, Daniel.(1987) El Derecho de Defensa. En: Revista Judicial n. 40, marzo 1987, San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

16. Sanabria Rojas, Rafael Angel. (2004) Resabios Inquisitivos en el Código Procesal Penal costarricense. En: Revista de Ciencias Penales, n. 22, año 16, setiembre 2004. San José, Costa Rica.

17. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Larrandart, Lucila. (1985) Administración de Justicia y Reforma Constitucional en la Argentina: la necesidad de un modelo. En: Derecho penal y criminología. Revista del instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. III, N.27-28 Sep-Dic 1985, Enero- Abril 1986. Bogotá Colombia.

FUENTES EN LINEA

1. ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEFENSORES "EDUARDO UMAÑA MENDOZA" y otros. Carta al Presidente Uribe: denuncian el acoso y persecución de los abogados defensores. *www.derechos.org*. En: http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/abogdefl/html. (11-04-05)

2. BURGOS MARIÑOS (Víctor). El Proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad. *sisbib.unmsm.edupe* En: http://sisbib.unmsm.edupe/bibvirtual/tesis/Human/Burgos_M_V/cap5.htm (21-03-05)

3. CERDA (Carlos A.) Proceso Penal, Democracia y Educación. *la prensa.com* En: http://www-ni.la prensa.com.ni/archivo/2001/octubre/11/opinión/-20011011-12.html (21-03-05)

4. ELIZONDO (Ricardo), GIOSFRE (Cecilia), GALLO (Carolina), OCAÑA (Valeria), Trabajo Práctico 1. Comisión 7731.*todoiure.com* En: http//www.todoiure.com.org/monografias/penal/trabajos_practico_1.html.(5-3-05)

5. a) FERRANDINO TACSAN (Alvaro). La experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica. *www.dpld.org*. En: http:// www.dpld.org/Ecuador_pub/6-Cap4c-Ferrandino.htm (11-04-05)

   b) FERRANDINO TACSAN (Alvaro). El juez, el fiscal y el abogado defensor... En: www.dplf.org/conference98/Ferrandino.html (21-03-05)

6. FRIELE (Guillermo Enrique). Defensa Técnica y auto defensa en el Proceso Penal. www.eniasoluciones.com En: http:// www.eniasoluciones.com.ar/terragni/doctrina/detecnica.htm (11-04-05)

7. GONZALES DE MORENO (Maria del Socorro). El Proceso Penal en San Luis Potosí. México. *www.wjin.net*. En: http://www.wjin.net/pubs/2535.doc. (21-03-05)

8. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UCA. Necesidad de proteger a víctimas y testigos en un juicio penal. *www.uca.edu.sv* En: http:// www.uca.edu.sv/publica/idhuca/fondo/html. (11-04-05)

9. SALAZAR VILLALOBOS (Rossy). Congreso sin excusas. *www.lainsignia.org*. En: http://www.lainsignia.org/2004/noviembre/ibe_027.htm (11-04-05)

10. TERAN LUQUE (Marco) El debido proceso penal. El derecho a la defensa. *www.dlh.lahora.com* En:
http:// www.dlh.lahora.com.ec/judicial/PAGINAS/Dppenal.85.htm (11-04-05)

12. TIJERINO PACHECO (José María). Sobre la Autodefensa. *www.poder- judicial.go.cr* En: http:// www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA. (11-04-05)

13. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario. *ucm.es* En: http//www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/defensa.htm. (5-3-05)

LEGISLACION

1. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1989) .Exposición de motivos de creación de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

2. Código General de la República de Costa Rica. 30 de Julio de 1841 (1858). Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica: Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas.

3. Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias. Ley N. 51 del 3 de agosto de 1910. (1913) San José, Costa Rica: Tipografía Lehman.

4. Código de Procedimientos Penales. Ley del 8 de octubre de 1973. (1991) San José, Costa Rica: Editorial Porvenir.

5. Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley # 7594. (1996) San José, Costa Rica: Imprenta Nacional.

6. Código de Procedimiento Penal Italiano. (1991). Bogotá, Colombia: Ed. Temis.

7. Convención Americana de Derechos Humanos. (1969) San José, Costa Rica.

8. Constitución Política de la República de Costa Rica. 7 de noviembre de 1949. (1992). San José, Costa Rica: Ed. Seinjusa.

9. Declaración Universal de Derechos Humanos.

10. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asamblea General de la OEA. (1979) La Paz, Bolivia, Resolución #448.

11. Ley de Enjuiacimiento Criminal y otras normas procesales. (2005). Navarra, España: ed. Thomson Aranzadi.

12. Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N. 7333 del 1ero de julio de 1993. (1998). (4ta edición) San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A

13. Eiranova Encinas, Emilio. (2000). Código Penal Alemán, Código Procesal Alemán.(s.n. ed). Madrid, España: Ediciones jurídicas y Sociales S.A.

14. Hess Araya (Christian) y Brenes Esquivel (Ana Lorena). Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley. N. 7135 del 11 de octubre de 1989. (2001). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

15. Llobet Rodríguez, Javier. (1998) Proceso Penal Comentado (1era ed.) San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(1997). Caso Castillo Paez. Sentencia del 3 de noviembre de 1997: Derecho de Defensa Técina.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(1997) Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997: Derecho de Defensa; Principio de Inocencia.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(1999) Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 30 de mayo de 1999: Debido Proceso.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2000) Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000: Contenidos Derecho de Defensa.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2003) Caso Urrutia García. Sentencia del 23 de noviembre de 2003: Derecho de Abstención.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2004) Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004: Imparcialidad judicial.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2004) Caso Tibi. Sentencia del 7 de septiembre del 2004: Derecho de Imputación.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.288-92 de las ocho horas con treinta y nueve minutos del 11 de septiembre de 1992: Derecho de Defensa

2. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 292-92 de las diez horas del 7 de febrero de 1992.: Revisión de Criterio de la Sala

3. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 1028-92 de las catorce horas treinta minutos del 22 de abril de 1992: Revisión de Criterio de la Sala

4. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 1732-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del 1ero de julio de 1992: Derecho de Defensa

5. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del 1ero de julio de 1992 : Debido Proceso

6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 4784-93 de las ocho horas treinta y seis minutos del 30 de septiembre de 1993: Derecho de Defensa

7. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 5966-93 de las quince horas doce minutos del 16 de noviembre de 1993: Defensa Técnica

8. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.5218-94 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del 13 de septiembre de 1994: Defensa Técnica

9. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.1782-97 de las dieciséis horas con tres minutos del 1ero de abril de 1997: Derecho de Defensa

10. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.2202-98 de las once horas del 27 de marzo de 1998: Defensa Técnica/ Defensa Material

11. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución. N. 2200-98 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del 27 de marzo de 1998: Derecho de Defensa

12. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 04121-99 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del 1ero de junio de 1999: Debido Proceso

13. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N. 7532-00, de las diez horas con nueve minutos del 25 de agosto de 2000: Derecho de Defensa

14. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 454-01, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del 17 de enero del 2001: Defensa Técnica

15. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.6677-01 de las quince horas con cuatro minutos del 11 de julio de 2001: Derecho de Defensa

16. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.3043-01 de las quince horas con cuarenta y un minutos del 24 de abril de 2001: Defensa Técnica

17. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.591-03 de las ocho horas con treinta y dos minutos del 31 de enero de 2003: Derecho de Defensa

18. Sala Constitucional. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.10689-03 de las dieciséis horas treinta y cuatro minutos del veinticuatro de septiembre de 2003: Defensa Técnica

19. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.07254-04 de las catorce horas con cuarenta y un minutos del 1ero de julio de 2004: Derecho de Defensa.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

1. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 462-F-94 de las diez horas veinte minutos del 4 de noviembre de 1994.

2. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1241-98 de las nueve horas diez minutos del 17 de diciembre de 1998: Acusación

3. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 46-99 de las nueve horas cuarenta minutos del 15 de enero de 1999: Acusación

4. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 572-00 de las nueve horas treinta y cinco minutos del 2 de junio de 2000: Prueba

5. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 685-03 de las quince horas del 12 de agosto de 2003: Acusación

6. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 984-03 de las diez horas veinte minutos del 31 de octubre de 2003: Acusación

7. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 965-04 de las nueve horas cincuenta minutos del 13 de agosto de 2004: Acusación

8. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1211-04 de las diez horas cinco minutos del 22 de octubre de 2004: Acusación

9. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1219-04 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 22 de octubre de 2004: Acusación

10. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 32-05 de las diez horas cinco minutos del 28 de enero de 2005: Acusación

11. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 167-05 de las nueve horas cuarenta minutos del 11 de marzo de 2005: Derecho de Defensa

12. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 172-05 de las diez horas cinco minutos del once de marzo de 2005: Derecho de Defensa

13. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 260-05 de las nueve horas diez minutos del 8 de abril de 2005: Defensa Técnica

14. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 375-05 de las diez horas del 6 de mayo de 2005: Derecho de Defensa

15. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 727-05 de las nueve horas veinticinco minutos del 1ero de julio de 2005: Prueba

16. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 773-05 de las doce horas diez minutos del 8 de julio de 2005: Interrogatorio

17. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 850-05 de las once horas cuarenta minutos del 29 de julio de 2005: Defensa Técnica

18. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 878-05 de las once horas treinta minutos del 12 de agosto de 2005: Defensa Técnica

19. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 957-05 de las nueve horas cuarenta minutos del 19 de agosto de 2005: Prueba

20. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 964-05 de las nueve horas del 26 de agosto de 2005: Imparcialidad

21. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 984-05 de las once horas treinta y cinco minutos del 26 de agosto de 2005: Prueba

22. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 999-05 de las nueve horas treinta minutos del 2 de septiembre de 2005: Derecho de Defensa

23. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1268-05 de las nueve horas del 14 de noviembre de 2005: Derecho de Defensa.

24. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1371-05 de las nueve horas seis minutos del 5 de diciembre de 2005: Acusación

25. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 245-06 de las quince horas treinta minutos del 27 de marzo de 2006: Derecho de Defensa

26. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 330-06 de las nueve horas veinticinco minutos del 28 de abril de 2006: Acusación

27. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 331-06 de las nueve horas treinta minutos del 28 de abril de 2006: Acusación

28. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 394-06 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del 5 de mayo de 2006: Prueba

29. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 413-06 de las diez horas del doce de mayo de 2006: Imparcialidad

30. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 424-06 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del 12 de mayo de 2006: Interrogatorio

31. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 450-06 de las once horas cuarenta y cinco minutos del 19 de mayo de 2006: Derecho de Defensa

Tribunal de Casación Penal

1. Tribunal de Casación Penal. Resolución 13030-03 de las once horas dieciséis minutos del 16 de octubre de 2003: Acusación

2. Tribunal de Casación Penal. Resolución 108-04 de las once horas veinte minutos del 12 de febrero de 2004: Prueba

3. Tribunal de Casación Penal. Resolución 1265-04 de las quince horas del 3 de diciembre de 2004: Defensa Técnica

4. Tribunal de Casación Penal. Resolución 18-05 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del 27 de enero de 2005: Derecho de Defensa

Bibliografía Consultada

LIBROS

1. Baratta, Alessandro (2001) Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal. (7ma edición). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores.

2. Beccaria, Cesare (1982) De los delitos y de las penas. (s.n. edición). Madrid, España: Editorial Aguilar.

3. Benavides, Enrique (1968). Casos Célebres. (1era ed.). San José, Costa Rica: Ed. Fotorama de Centroamérica. S.A.

4. Eser, Albin; Hirsh Hans Joachim; Roxin Claus y otros (2001) De los delitos y de las víctimas (1era reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc

5. Florián, Eugenio (2001) Elementos de Derecho procesal penal (s.n. ed) España: Editorial Bosch

6. Goldschmidt, James (1961) Principios Generales del Proceso. II: Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal (s.n. ed) Buenos Aires, Argentina:Ediciones Jurídicas Europa-América.

7. González Alvarez, Daniel.(2000) Costa Rica. En: Las reformas procesales en América Latina. (1era edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.

8. Guarneri, José (1949) Las partes en el proceso penal. (s.n ed) Puebla. México: sin editorial.

9. Issa El-Khoury Jacob, Henry (2000).Víctima y Proceso Penal costarricense. Antología. Compilador: (1era edición) San José, Costa Rica: Escuela Judicial, Poder Judicial.

10. Jaén Vallejo, Manuel (2000) La Prueba en el proceso penal. (1era edición). Buenos Aires, Argentina: ed. Ad-Hoc.

11. Miranda Estrampes, Manuel (1997) La mínima actividad probatoria en el proceso penal. (1era edición). Barcelona, España: Jose María Bosch Editor.

12. Montero Aroca, Juan; Ortelles Ramos, Manuel; Gómez Colomber, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto (1998) Derecho Jurisdiccional. III: Proceso Penal. (7ma edición). Valencia, España: ed. Tirant lo Blanc

13. Moreno Catena, Víctor (2000). El Proceso Penal: Doctrina, Jurisprudencia y formularios (1era edición). Valencia, España: Ed. Tirant le Blanc.

14. Pérez Luño, Antonio Enrique. (2001) Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución. (7ma.ed). Madrid, España: ed. Tecnos.

15. Poder Judicial. (2000) Libro blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica.(1era ed). San José, Costa Rica: Editora Patricia Frances Baima.

16. Rodríguez Fernández, Ricardo (2000). Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. (s.n. ed) Granada, España: Editorial Camares.

17. Rojas Aguilar, Alejandro. (2000). El Derecho de Defensa en el proceso penal juvenil costarricense. En: De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica (1era. Edición). San José, Costa Rica: UNICEF.

18. Tócora, Fernando (1990). Política Criminal en América Latina. (1era edición). Bogotá, Colombia: Ed. Librería del Profesional S.A.

19. Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica. (2005) Antología para Formulación de la Acusación.

ARTÍCULOS DE REVISTA

1. Coromac A, Eduardo.(1991) Reforma de la justicia penal: Oralidad y Democracia. En: Justicia Penal y Sociedad. Revista guatemalteca de Ciencias Penales. N.1, Año 1, octubre 1991. Guatemala.

2. González Amado, Iván (1981). Defensa y Democracia. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. N.19, Vol. XI, marzo, 1985. Bogotá, Colombia.

3. Londoño Jiménez, Hernando. Principios de Garantía Jurídico Procesal. En: Revista Nuevo Foro Penal, n.11, julio, agosto, setiembre 1981, año III. Bogotá, Colombia.

4. Maier, Julio B. J.(1999) La aplicación del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica. (Informe 1998). En: Revista de Ciencias Penales. N 16, año 11, mayo 1999. San José, Costa Rica.

5. Rodríguez Vargas, Luis Ricardo.(1998) El Derecho a Defensa Letrada como parte del debido proceso en materia penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas n.87, mayo-agosto 1998. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica.

6. Rojas Sánchez, Jorge H.(1976) Las partes en el Proceso Penal. En: Revista Judicial N.1, 1976. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

7. Soto Cervantes, Juan José.(1997) Reflexiones Diversas sobre el Principio de Legalidad y el Derecho de Defensa o Audiencia , como Principio Procesal. En: Revista Jurisprudencia Tributaria, Vol. 7, octubre 1997. San José, Costa Rica.

TESIS

1. Cade Ramírez, Vidalia Aracelly (1990). Estudio Doctrinario Jurídico del Derecho de Defensa. Tesis para optar al grado de licenciada en Derecho por la Universidad Mariano Galvez de Guatemala. Guatemala.

2. Sancho González, Maureen y Solano Soto, Ana Gabriela.(1998) La intervención de la víctima en el nuevo proceso penal costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

FUENTES EN LINEA

1. ALBORNOZ (Alejandra). El derecho a la Indefensión. *www.psicologiajuridica.org* En: http:// www.psicologiajuridica.org/psj100.html. (11-04-05)

2. ARJONA LOPEZ (Adán Arnulfo) Justicia, Desarrollo y Buen Gobierno. *organojudicial.gob.pa* En: http//www.organojudicial.gob.pa/contenido/documentos/centenario/TextoconferenciaAAjona.doc (5-3-05)

3. ASENCIO MELLADO (José María). Reflexiones en torno al Proceso Penal Militar peruano. Un proceso Inquisitivo. *unifr.ch* En: htt://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/01_02/02_Asencio.html (21-03-05)

4. DE CARVALHO (Salo) Prácticas Inquisitivas en la Ejecución Penal. *justiciacriminal.cl* En: http//www.justiciacriminal.cl/trabajos/practicas_inquisitivas.doc (5-3-05)

5. DECAP FERNADEZ (Mauricio) Apuntes sobre la contraposición entre la protección de víctimas. *www.acceso.uct.cl* En: http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mauricio_decap.doc (11-04-05)

6. ESCOBAR ARAUJO (Jose Alfredo). El rol del nuevo juez penal. *fiscalia.gov.co* En: http//www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/columnis/joseAlfredo/papeljuez.doc (5-3-05)

7. GONZALEZ CUERVO (Mauricio) Justicia desde la perspectiva del Ciudadano. En: assets/ponencia%20Dr.%20Mauricio%20Gonzalez%20corporacion%excelencia%20en%20la%20Justicia.doc (5-3-05)

8. HINOJOSA SEGOVIA (Rafael) Un siglo de... derecho procesal. En: webcorporativo/servicios/Revista%20ICADE/Documentos/Numeros_Anteriores/N46/Articulos/procesal.doc (5-3-05)

9. HORTA VAZQUEZ (Jesús). Palabras del Rector de la Universidad Católica de Colombia para la presentación del libro: Proceso Penal Acusatorio, ensayos y actas. *fiscalia.gov.co* En: http//www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/InfEsp04/presentalibro.doc (5-3-05)

10. HOUED VEGA (Mario) El proceso penal en Costa Rica. *wjin.net* En: http//www.wjin.net/Pubs/2512.doc (5-3-05)

11. JUAN PABLO SEGUNDO. Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a la Rota Romana de 1989. *iuscaconicum.org* En: http//www.iuscaconicum.org/articulos/art194.html.(5-3-05)

12. RAMÍREZ (Luis), CETIVA (Gustavo) y otros. El proceso Penal en Guatemala. *www.wjin.net* En: http://www.wjin.net/Pubs/2527.doc. (11-04-05)

13. RIEGO (Cristian), VARGAS (Juan Enrique). Reforma a la Justicia Criminal en Latinoamérica. Exitos y dificultades. *iadb.org*. En. http://www.iadb.org/sds/doc/SGC-panel-11.pdf. (21-03-05)

14. SCHIFFIN (Leopoldo) Principios básicos del Proceso Penal Oral. *defensapublica.org.ar*.En: http//www.defensapublica.org.ar/cedep/procesal/PRINCIPIOS.doc (5-3-05)

15. SOTILLO BOLIVAR (Jesús) El principio de publicidad y las objeciones periodísticas al Código Orgánico Procesal Penal. En: http//150.185.66.1/docs/Jornadas/textos/publicidadycopp.doc (5-3-05)

16. VACONI (Pablo Andrés) Entre la penitencia y el control. ¿Es posible ilusionarnos?. *eldial.com* En: http//www.eldial.com/suplementos/penal/doctri/pe040802.d.asp.(5-3-05)

17. ZAFFARONI (Raúl) y otros. La Justicia como garante de los derechos Humanos: la independencia del Juez. *www.wjin.net* En: http://www.wjin.net/Pubs/2828.doc (11-04-05)

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 11251-01 de las catorce horas cincuenta y nueve minutos del 31 de octubre de 2001: Derecho de Defensa

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

1. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1394-04 de las diez horas quince minutos del 3 de diciembre de 2004: Derecho de Defensa

2. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 629-05 de las once horas treinta y cuatro minutos del 17 de junio de 2005: Derecho de Defensa

3. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 927-05 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del 17 de agosto de 2005: Derecho de Defensa

4. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1136-05 de las diez horas diez minutos del 30 de septiembre de 2005: Derecho de Defensa

5. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución. 281-F-92 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del 3 de julio de 1992: Derecho de Abstención.

6. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución.26-F-93 de las diez horas cuarenta minutos del 19 de enero de 1993: Derecho de Abstención

7. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 607-F-93 de las nueve horas cuarenta minutos del 5 de noviembre de 1993: Derecho de Abstención

8. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 246-F-95 de las diez horas doce minutos del 5 de mayo de 1995: Defensa Material

9. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 813-F-96 de las once horas cinco minutos del 23 de diciembre de 1996: Defensa Material

10. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 856-97 de las nueve horas treinta y cinco minutos del 22 de agosto de 1997: Defensa Técnica

11. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 294-98 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del 27 de marzo de 1998: Defensa Técnica

12. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 705-98 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del 24 de julio de 1998: Defensa Materia
13. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1453-99 de las nueve horas del 19 de noviembre de 1999: Defensa Técnica

14. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1226-01 de las nueve horas cuarenta minutos del 14 de diciembre de 2001: Prueba

15. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 888-02 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del 13 de septiembre de 2002: Derecho de Abstención

16. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 592-03 de las nueve horas treinta minutos del 18 de febrero de 2003: Derecho de Defensa

17. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 256-03 de las diez horas cincuenta minutos del 25 de abril de 2003: Derecho de Defensa

18. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 489-04 de las once horas doce minutos del 14 de mayo de 2004: Derecho de Defensa

19. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1287-04 de las ocho horas cuarenta minutos del 12 de noviembre de 2004: Prueba

20. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 248-05 de las once horas treinta minutos del 1ero de abril de 2005: Acusación

21. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 256-05 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del ocho de abril de 2005: Derecho Defensa

Tribunal de Casación Penal

1. Tribunal de Casación Penal. Resolución 37-04 de las doce horas once minutos del 22 de enero de 2004: Derecho de Defensa

2. Tribunal de Casación Penal. Resolución 309-96 de las once horas cincuenta minutos del 31 de mayo de 1996: Derecho de Defensa

3. Tribunal de Casación Penal. Resolución 326-96 de las quince horas diez minutos del 31 de mayo de 1996: Derecho de Defensa

4. Tribunal de Casación Penal. Resolución 533-96 de las nueve horas cincuenta minutos del 12 de setiembre de 1996: Derecho de Defensa

5. Tribunal de Casación Penal. Resolución 598-96 de las diez horas del 4 de octubre de 1996: Derecho de Defensa

6. Tribunal de Casación Penal. Resolución 804-96 de las diez horas diez minutos del 6 de diciembre de 1996: Derecho de Defensa

7. Tribunal de Casación Penal. Resolución 544-01 de las diez horas del 20 de julio de 2001: Derecho de Defensa

8. Tribunal de Casación Penal. Resolución 1019-02 de las quince horas cincuenta minutos del 18 de diciembre de 2002: Derecho de Defensa

9. Tribunal de Casación Penal. Resolución 04-04 de las diez horas trece minutos del quince de enero de 2004: Derecho de Defensa

10. Tribunal de Casación Penal. Resolución 1318-04 de las diez horas cuarenta y siete minutos del 16 de diciembre de 2004: Derecho de Defensa

11. Tribunal de Casación Penal. Resolución 206-05 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos 17 de marzo de 2005: Derecho de Defensa

12. Tribunal de Casación Penal. Resolución 263-05 de las ocho horas treinta minutos del 14 de abril de 2005: Derecho de Defensa