Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCESO PENAL

LIC. ÓSCAR FONSECA MONTOYA

NATURALEZA.

Los objetivos primarios de todo proceso penal, es comprobar el delito y la participación del delincuente. Desde luego, en algunas ocasiones, a través del proceso, también se establece la inexistencia del delito y, en otras, a pesar de que el hecho criminal quede comprobado, se acredita la inocencia del sospechoso. Todo proceso se inicia, sin embargo, con fundamento en la creencia de que el delito se cometió y que sobre el acusado, por lo menos, recae la sospecha de ser su autor. En consecuencia, en todo estudio relativo a las pruebas, éstas han de estar referidas a aquellos dos objetivos.

Tales pruebas, en una primera y sencilla clasificación, pueden ser de dos clases: primero, las que tienen por objeto inmediato y directo el delito y la participación del delincuente, bien sea que hagan referencia a la TOTALIDAD de la acción o tan solo a una PARTE DE ELLA. (El testigo presencial que observó cuando Juan sacó el puñal del cinto y se lo introdujo a Pedro en el estómago causándole la muerte —totalidad de la acción—. O el testigo observó sólo la pelea entre Juan y Pedro, pero por la posición que tenía o por otras circunstancias, no vio el arma homicida, —parte de la acción— aunque siempre directa. La segunda clase de prueba es aquella que tiene por objeto inmediato y directo algo que ES DISTINTO DEL DELITO, pero que, a través de tal objeto así conocido, el juez puede, mediante raciocinio, tenerlo por cierto, así como la participación del delincuente: (El testigo no vio ya la pelea entre Juan y Pedro, pero sí vio cuando Juan huía velozmente del lugar en donde después apareció Pedro muerto de una puñalada). A esta segunda clase de prueba se le llama PRUEBA INDIRECTA.

Los ejemplos anteriores, se refieren a prueba directa e indirecta de naturaleza PERSONAL (testigos), pero igualmente la hay de naturaleza REAL también directa e indirecta. El cheque falso entregado como pago, forma parte del delito y por ello es prueba real directa. En cambio, el puñal con sangre de la víctima que se encontró en la casa del imputado, es prueba real indirecta. Resumiendo, tanto la prueba personal (testigos), como la real (objetos), puede ser directa o indirecta, según las circunstancias, pero en todo caso, su valoración por el Juez, debe hacerse con el mismo rigor. Es necesario establecer si el testigo realmente pudo observar directa o indirectamente lo que dice haber visto; es preciso asegurarse de que el documento falso o el cuchillo ensangrentado son realmente lo que se sospechaba que eran y no algo diferente y ajeno al delito; todo ello porque el testigo puede mentir en cualquier sentido y por muchas razones. Los objetos pueden ser alterados o puestos en determinado lugar con el fin de señalar como culpable a un inocente.

Pero, cuando se trata de prueba indirecta, el trabajo mental, el raciocinio del juez ES DOBLE. ¿Por qué?, porque no solo debe convencerse de que el testigo es veraz o que el cuchillo impregnado con sangre de la víctima realmente apareció en el sitio que se dice, sino que, además, ha de hacer un segundo esfuerzo mental para determinar, por otra parte y mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica racional, si esa prueba indirecta permite tener por acreditado el delito y, en su caso, la participación del delincuente. En cambio, cuando la prueba es directa, basta con el primer esfuerzo intelectual para tener por cierto lo que la prueba dice o enseña. Así, por ejemplo, si el testigo vio cuando Juan le introdujo el puñal en el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estómago a Pedro y el juez está convencido de que el testigo es veraz, ese hecho queda demostrado sin más razonamiento.

La experiencia nos enseña, por otra parte, que casi siempre la prueba directa y la indirecta, aparecen entremezcladas con respecto a determinado delito y que difícilmente éste quede acreditado tan solo con prueba directa aunque, en apariencia, sea así. Por ejemplo, aunque cinco testigos presenciales de toda la acción criminosa hayan observado cuando Juan disparó contra Pedro que murió, es necesario recurrir al indicio, por lo menos, para establecer la voluntad criminal de Juan y para determinar los motivos de esa acción.

Lo que sí es cierto, es que muchos delitos y la participación del autor, quedan demostrados exclusivamente por prueba indirecta y de allí su gran importancia tanto para una exitosa investigación policial como para la administración de justicia en general. Sin su auxilio, muchos delitos quedarían en la oscura impunidad.

Este breve preámbulo ha sido hecho con el único fin de ubicarnos en nuestro tema, a saber, la prueba indirecta y, dentro de ella, particularmente en la **PRUEBA INDICIARIA**, porque también, según algunos autores, las presunciones forman parte de la prueba indirecta; respetable opinión que, como veremos luego, no comparto. Por ahora, dediquemos algunos minutos a LOS INDICIOS.

Sobre la prueba indiciaria, no ha sido unánime ni mucho menos la opinión de la doctrina sobre su bondad; muchos autores la tratan con reverencial admiración, destacando su gran utilidad, mientras que otros la atacan despiadadamente. Así Mittermeir, en un bello pasaje de su obra "Tratado de la prueba en materia criminal", sobre los indicios, expresa: "Estas circunstancias, —como también se les denomina a los indicios—, son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la providencia, para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbra el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad. El culpable ignora, por lo general, la existencia de estos testigos mudos o los considera sin ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí o desviarlos; los mismos clavos de la suela de sus zapatos, señalan sus pasos por el lugar del delito; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de violencia". Otro autor, sin embargo, dijo: "que si se quería colgar a alguien, sería fácil hallar la soga en la prueba indiciaria".

Pienso que la aversión que algunos le tienen a la prueba indiciaria, se debe a que la misma requiere de un mayor trabajo intelectual, de un esfuerzo superior de raciocinio por parte del juez y de una sagacidad especial de parte del investigador. Lo más fácil para ambos es encontrar media docena de testigos que hayan presenciado el homicidio. En este caso, el trabajo del detective es casi nulo y la labor del juez una buena ocasión para descansar. Esta hipótesis, muy a nuestro pesar, es la excepción. En la mayoría de los casos, el delincuente, dentro del plan delictivo, por más sencillo que sea, incluye alguna especial estrategia con el fin de que no haya testigos ni queden rastros fácilmente localizables y, en ocasiones, hasta tiene la habilidad de dejar rastros falsos. A todo ello deben enfrentarse, con especial cuidado y malicia, tanto el investigador, como el juez; en ello juegan un papel decisivo la experiencia, la preparación académica, la tenacidad y un agudo raciocinio. Desde este punto de vista, la prueba indiciaria es muy exigente; se escapa con mucha facilidad de las manos de jueces perezosos e incapaces y se le oculta burlonamente al investigador conformista y falto de iniciativa. Un buen juez se descubre, entre otras muchas virtudes, por la capacidad que demuestre en el manejo, en el tratamiento jurídico de los indicios y un buen detective, en el cuidado y dedicación que ponga en la búsqueda de ellos. Esta es una de las razones, al parecer, por la que algunos observan a los indicios con desdén y otros (los delincuentes) como su principal enemigo del cual difícilmente se pueden librar; son para ellos como la sombra al cuerpo; inseparables de todo aquel que anda en malos pasos y. . . por suerte que es así.

CONCEPTO.

La prueba indiciaria tiene su fundamento en el principio de causalidad por el cual, se afirma que todo efecto supone una causa. Partiendo de esta característica lógica, los autores han elaborado múltiples definiciones que, desde luego, no voy a repetir aquí; estimo que cualquiera de nosotros puede intentar una. Manzini, el ilustre maestro italiano, hizo la suya diciendo que el indicio es "una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar".

Por ser frecuente la confusión entre indicio y presunción, considero oportuno en este lugar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacer el intento por establecer la diferencia, si es que, en realidad existe. De hecho, algunos creen que se trata de la misma cosa. Eduardo Bonnier, por ejemplo, en su "Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal", se refiere al punto en estos términos: "En lo criminal, las presunciones que se llaman más propiamente indicios, tienen suma importancia". Algunos códigos procesales, por su parte, incluyendo el nuestro de 1910, también tratan por igual la presunción y el indicio, como si fueran sinónimos. El artículo 522 de ese Código derogado, luego de hablar de las presunciones legales, agrega que "Las demás se denominan presunciones judiciales o indicios". Sin duda, el legislador de 1910, tenía a ambos términos como equivalentes, cuando en realidad, con respaldo en una abundante doctrina, puede afirmarse que sí existe diferencia entre ambos conceptos jurídicos.

Nicolás Framarino, en su brillante obra "Lógica de las pruebas en materia criminal", expresa que "la presunción deduce de lo conocido lo desconocido partiendo del principio de identidad, en tanto que el raciocinio del indicio infiere lo desconocido de lo conocido, mediante el principio de causalidad".

Aclaremos un poco esta terminología. El principio lógico de identidad que domina en la presunción según ese autor, es aquel según el cual una cosa es idéntica a ella misma, mientras que el principio de causalidad que gobierna el indicio es aquel según el cual "todo efecto supone una causa". Framarino menciona como ejemplo del primero, la presunción de inocencia. Ordinariamente, dice, todos los individuos de la especie humana son inocentes y si el acusado es un hombre que pertenece a esa especie, se presume que también es inocente. Luego concluye el autor que "la presunción es un argumento probatorio de simple probabilidad y nunca de certeza", mientras que el indicio sí puede llevar a la certeza. Así, las manchas de sangre humana encontradas en la chaqueta del acusado, por el contrario, es un indicio que permite o puede permitir, por inducción lógica, establecer que éste, al menos, estuvo en el sitio en donde la víctima fue asesinada.

Me parece, sin embargo, que ese razonamiento lógico, no deja totalmente clara la diferencia entre la presunción y el indicio. Creo, además, que al desaparecer del ordenamiento procesal penal las presunciones legales, éstas no solo dejaron la referida confusión, sino que, en la actualidad, aun las presunciones judiciales o de hombre que todavía se admiten, tienen poca importancia desde el punto de vista probatorio, al menos, para la sentencia definitiva, aunque para aquellas resoluciones que no requieren de certeza, sino, de simples probabilidades, sí son útiles.

¿Cuál era la posición del juez en la época en que existían las presunciones legales? Prácticamente pasiva porque era la ley la que presumía y no el juez. "La rebeldía del reo, judicialmente declarada, —decía el artículo 555 del CPP de 1910—, debe apreciarse al fallar, como prueba semiplena de su culpabilidad". En este caso, hay una presunción legal de culpabilidad derivada de la rebeldía que el juez no podía ignorar porque la ley, partiendo de un hecho cierto —la rebeldía— presume la culpabilidad. Pero aun en las presunciones denominadas judiciales o de hombre, hay un razonamiento, no ya de la ley, sino del juez; o sea, siempre se parte de un hecho conocido. En otras palabras, la presunción, si bien tiene como fundamento un acontecimiento real (que debe probarse) es una construcción eminentemente racional del juez (o una hipótesis de la ley como vimos), un razonamiento lógico que el juzgador formula a partir de una circunstancia concreta; en cambio el indicio, NO ES UN RAZONAMIENTO del juez; es un hecho real. Lo que sin duda es un razonamiento del juez es LA CONVICCIÓN INDICIARIA que, en mi opinión, es cosa distinta del indicio o de la prueba indiciaria que le dio vida jurídica; ésta comprende HECHOS; aquélla una construcción mental del juez.

Me explico, indicio es el cuchillo con sangre de la víctima encontrado en casa del sospechoso; la veloz fuga de éste de la casa donde apareció la víctima asesinada; el reloj del ofendido en manos del acusado, etc. El razonamiento que con base en tales indicios haga el juez para llegar a la conclusión de que el imputado es el autor del delito, puede denominarse RAZONAMIENTO BASADO EN INDICIOS o como se dijo, CONVICCIÓN INDICIARIA, pero no constituye el indicio mismo.

En mi modesta opinión y partiendo de que, en general, el derecho es lógico y simple, en cuya interpretación muchas veces es más útil el sentido común que complicadas construcciones doctrinarias, la diferencia entre presunción e indicio puede expresarse gráficamente y en forma simple, con estas palabras: EL JUEZ PRESUME; EL INDICIO SE PRUEBA.

Esta forma sencilla de plantear el problema, es posible que merezca muchas críticas por falta de un rigor científico; pero al menos tiene la virtud (si es que tiene alguna), de explicar o tratar de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

explicar, la diferencia entre presunción e indicio, partiendo incluso del mismo significado de los términos y evita, a la vez, su tradicional confusión. De hecho deben haber mejores y brillantes explicaciones del problema, pero por ahora, les agradezco que hayan escuchado la mía, aunque a la salida de la puerta la tiren por absurda o inservible.

Sin embargo, siempre me ha parecido muy extraño que una presunción sea un medio de prueba. El propio Framarino señala que, es tan solo "un argumento probatorio de simple probabilidad y nunca de certeza", aunque luego insiste en que "la presunción no es otra cosa que una especie de la prueba indirecta". Prueba, en mi opinión y como ya lo adelanté, es el hecho o circunstancia real, comprobada a la vez por otros medios probatorios y que da lugar a que el juez presuma tal o cual cosa, pero, no este razonamiento presuntivo.

Más aún, estimo que los indicios, cuando no permiten certeza, son los que dan base para que el juez presuma en uno u otro sentido; o sea, que, la presunción, casi siempre, se deriva de un indicio, salvo tal vez el caso de la presunción de inocencia citado por Framarino que se deriva de la circunstancia de ser un hombre el acusado y que, como todos los hombres, de ordinario, son inocentes, por el principio de identidad se debe presumir que aquél es inocente.

En fin, pareciera que toda la confusión deriva de considerar tanto al indicio como a la presunción como medios de prueba indirecta, como lo sugiere Framarino, cuando en realidad, en mi modesta opinión, sólo el primero constituye esa clase de prueba.

El tratamiento en sentencia de los indicios y las presunciones, es otro problema que, si tenemos tiempo, lo veremos luego.

ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA Y SUS FUENTES.

La estructura de la prueba indiciaria, está constituida por tres elementos básicos: un hecho conocido (circunstancia indiciante) que no es directamente el delito pero sí relacionado con él; un hecho desconocido, sea el delito y su autor y un enlace lógico entre ambos. Este enlace es hecho, desde luego, mediante el raciocinio del juez. El hecho conocido, o sea, la circunstancia indiciante, debe ser bien probada y para ello se recurre a todos los medios ordinarios de prueba: testigos, pericias, inspecciones, etcétera. En esta labor, sea, en la verificación del indicio, es oportuno destacar el avance logrado en los últimos años gracias a las modernas técnicas empleadas por el OIJ en sus trabajos periciales; cuanto más se adelante en este campo de la comprobación científica de los hechos, mayor será la posibilidad de esclarecer delitos en los cuales hay ausencia absoluta de prueba directa. El delito, siempre deja huellas. Lo que ocurre es que, en algunas ocasiones, éstas no son halladas y en otras, aunque se encuentren, se carece del tecnicismo adecuado para estudiarlas y relacionarlas con el delito. Creo que no es una exageración afirmar, que la mayoría de los medios ordinarios de prueba y las técnicas que en el futuro se descubran para hacer más eficaces esos medios de prueba, estarán al servicio casi exclusivamente de los indicios. Cuando hay prueba directa, son pocas las pericias que realmente son indispensables para acreditar el hecho. Si cinco testigos observaron directamente el homicidio, ya no es tan importante determinar si la sangre encontrada en la chaqueta del homicida pertenece a la víctima.

LA CONVICCIÓN INDICIARIA.

Ya han podido descubrir ustedes que, la convicción indiciaria se fundamenta en un silogismo, compuesto por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor, llamada también, premisa absoluta, está constituida por las leyes de causalidad aceptadas por la razón con base en la experiencia. Manzini cita el siguiente ejemplo: de ordinario, el que sale clandestinamente en la noche de una casa ajena con un saco al hombro ha cometido un hurto. Esta es la premisa mayor. La premisa menor consiste en el hecho concreto, probado y que se relaciona con esa regla genérica y abstracta de la premisa mayor: el imputado fue visto salir clandestinamente con un saco a la espalda de la casa y durante la noche en que se cometió el hurto investigado. Por último, dice el autor, la conclusión es la inferencia lógica que hace el juez relacionando las dos premisas, a saber, declarando al acusado autor de ese hecho o bien absolviéndolo por otro que, también, se le atribuye presuntamente cometido esa misma noche y a esa misma hora pero, en un lugar lejano, pues el justiciable no ha podido estar a la vez en dos lugares diferentes. O sea, el silogismo de la prueba indiciaria, sirve también para establecer la inocencia del sospechoso.

CLASIFICACIÓN.

Los autores, como es lógico suponer, también han elaborado diversas clasificaciones de los indicios atendiendo a sus características intrínsecas y extrínsecas, su cercanía o lejanía con el he-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cho principal, reales o personales, anteriores, concomitantes o posteriores, etcétera. Sin embargo, aparte de que no es mi deseo aburrirlos más de la cuenta con clasificaciones que, en realidad, solo tienen importancia didáctica, la verdad es que lo más importante es conocer su naturaleza, estructura y utilidad y tal vez, su tratamiento en sentencia. A estos propósitos, no creo que las clasificaciones ayuden mucho. Lo cierto es que si un indicio es anterior, concomitante o posterior, nada dice en cuanto a su valor probatorio en el caso concreto. Todo depende de las circunstancias y por ello, no voy a cansarlos con esas clasificaciones.

Basta con recordar, por ahora, la tradicional fórmula según la cual los indicios deben ser graves, precisos y concordantes, circunstancias eminentemente valorativas que serán establecidas también por el juez en cada caso particular. No es posible establecer a priori cuándo un indicio es grave, cuándo preciso y cuándo concordante ni tampoco, si para el caso concreto, son necesarios 2, 3, 4 ó 10 indicios; muchas veces, incluso, con uno basta (huellas dactilares, por ejemplo) y en muchas otras aunque hayan 10 indicios, si estos no permiten lógicamente concluir con certeza acerca de la existencia del delito o la responsabilidad del delincuente, son todavía insuficientes. Ello demuestra, una vez más, la intensa labor del juez para obtener una convicción por medio de indicios. La administración de justicia no es empresa fácil en ningún caso; pero cuando hay que administrarla con base en indicios, la labor entra en una fase crítica y decisiva y. . . este es el trabajo diario del juez, porque la experiencia nos enseña que es solo por excepción el caso en el que hay prueba directa y contundente; y aunque la haya, los indicios, de un modo u otro, siempre aparecen como un refuerzo importante y muchas veces decisivo.

LOS INDICIOS Y LA SENTENCIA.

En virtud de la gran importancia que tienen los indicios en la administración de justicia, sobre lo cual no cabe duda alguna, a pesar de las respetables opiniones en contrario, es preciso, aunque sea brevemente, plantear el problema sobre la forma en que deben tratarse formalmente en sentencia, aspecto que tiene su importancia pero que, sin embargo, entiendo que no hay acuerdo entre los jueces.

La estructura formal de la sentencia, cuando ésta se fundamenta en prueba directa, en mi opinión, debe ser totalmente distinta a aquella cuya base fáctica está constituida tan solo por indicios. La primera es muy simple en la generalidad de los casos. Si por ejemplo, cinco testigos observaron cuando el acusado y la víctima peleaban y cuando el primero sacó un revólver y disparó contra su contrincante, matándolo, este es el hecho probado que debe contener la sentencia. Pero cuando no hay un solo testigo presencial (o prueba directa real), sino que la investigación solo logró reunir evidencias (indicios), el cuadro fáctico o hechos probados, lógicamente debe ser distinto. En este caso, la sentencia debe seguir la misma estructura de la CONVICCIÓN INDICIARIA, sea, debe partir de un hecho o hechos conocidos (circunstancias indiciantes) que son los únicos que tendrán respaldo en los medios ordinarios de prueba y que no conforman directamente el delito, sino que simplemente tienen relación con él. Estos hechos (indicios) son los que deben estar contenidos en el cuadro fáctico (HECHOS PROBADOS). Luego, en una segunda parte de la sentencia (CONSIDERANDO DE FONDO), el juez debe proceder a valorar esos indicios mediante el silogismo ya comentado y si los mismos son a su juicio graves, precisos y concordantes con respecto al delito investigado y si por ese medio adquiere también certeza de que el imputado es el autor, así lo declarará expresamente. Un ejemplo: Juan aparece muerto en un callejón oscuro con dos orificios de bala en su cuerpo los cuales causaron su deceso. No hay un solo testigo presencial. No obstante, durante el juicio se probó que el sospechoso era enemigo de Juan; que el día anterior a la muerte de éste, aquel compró un arma de fuego que fue localizada por la policía; que las balas encontradas en el cadáver de Juan, fueron disparadas por esa arma y, además, varios testigos observaron esa misma noche cuando Juan entró al callejón y un poco más atrás también lo hizo el imputado. Todas estas circunstancias, sin duda alguna, son indicios; por más cercanas y evidentes que sean, siempre son indicios; PRUEBA INDIRECTA. Planteado así el caso, ¿cómo debe el juez estructurar el cuadro fáctico, sea, los hechos probados? Aunque sea evidente la conclusión de que el imputado, en efecto, fue quien dio muerte a Juan, en mi opinión, es formalmente incorrecto (y hasta desde el punto de vista lógico), fijar esa conclusión como un HECHO PROBADO; porque en realidad, no es un hecho puro y simple; es una conclusión extraída de los hechos; en suma, es un razonamiento del juez elaborado a partir de los indicios. Claro está, con un conjunto de indicios de esa naturaleza, el razonamiento y la conclusión,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

son obviamente sencillos, pero razonamiento y conclusión al fin y no un hecho puro y simple como es el indicio.

Desconozco si algunos o la mayoría de los jueces siguen este formato de sentencia cuando la prueba es solo indiciaria; pero tengo entendido que algunos, luego de establecer solo por medio de indicios, o sea, por vía indirecta la existencia del delito y la participación del acusado, lo fijan de una vez como un hecho probado; o sea, la conclusión la incluyen en el cuadro fáctico. Este procedimiento es el que estimo equivocado. En primer lugar, no responde a la estructura lógica de la convicción indiciaria y, además, me parece que constituye un obstáculo formal grave para el correcto ejercicio de la defensa y el control de legalidad en Casación. En un caso con prueba directa, lo que se ataca es precisamente el hecho principal acreditado con esa prueba. Pero cuando es solo prueba indiciaria, lo que lógicamente se combate es la existencia de los indicios y desde luego la prueba de éstos y naturalmente, la conclusión que de ellos ha extraído el juzgador. Pero si se consigna en la sentencia como HECHO PROBADO lo que en realidad es una conclusión que el juez sacó de los indicios, el asunto se complica y se enmaraña; y ello es natural, porque entonces se hace una confusión entre lo que es propiamente el cuadro fáctico, solo posible de ser acreditado por los medios de prueba ordinarios y que constituye la base real de la sentencia, con el razonamiento del juez que es ideal a pesar de que se sustenta en hechos reales.

Me explico, de acuerdo con el orden lógico de las cosas, la sentencia por indicios debe ser atacada primero en su aspecto fáctico que debe estar constituido por las circunstancias que hemos llamado indiciantes y después, por aparte, el razonamiento y la conclusión del juez y no a la inversa, como pareciera que quedan obligadas las partes cuando se procede a fijar como hecho probado lo que es una conclusión.

Por el procedimiento formal que en mi opinión es el correcto, se ordena el silogismo que también gobierna en la sentencia, facilitando con ello el trabajo del juez; las partes podrán formular sus recursos con mayor acierto, al menos desde el punto de vista formal, porque podrán ordenar "separadamente cada motivo con sus fundamentos" como lo exige el artículo 477 del CPP respecto al recurso de Casación y la Sala no tendrá dificultad para revisar, si el cuadro fáctico indiciario fijado por el juez, el cual por lo general es incontrolable en Casación, permite deducir, a la luz de las reglas de la sana crítica racional (comprendido el principio de causalidad que gobierna en la convicción por indicios), lo que el juez a quo dedujo o si, por el contrario, su razonamiento está equivocado.

Diferente es el caso de la sentencia que podríamos denominar mixta; o sea, cuando hay prueba directa y también indicios. En este evento, sí parece lógico que el juez fije como hecho probado lo que le enseña la prueba directa (un testigo vio cuando el acusado le introdujo el puñal a la víctima en el estómago y luego huyó) y que después, como una especie de refuerzo, fije como hecho probado también que en la casa del imputado se halló un puñal impregnado de sangre de la víctima, pues en este caso el indicio, por importante que sea, es accesorio del informe del único testigo presencial.

Con respecto al requerimiento de elevación a juicio, cuando el caso se funda exclusivamente en indicios, también ha habido problemas. No está claro si el Agente Fiscal debe seguir la misma estructura lógica de la sentencia conforme lo he señalado o si, por el contrario, aun sin prueba directa alguna, debe decir en forma expresa, como hecho probado, que el acusado dio muerte a la víctima. Este último procedimiento presenta el problema de que el Agente Fiscal difícilmente podrá describir la acción delictiva con la precisión que exige la ley (artículo 341 del CPP), porque lo único que tiene es la convicción de que el acusado cometió el delito porque así lo revelan los indicios, pero de seguro ignora los pormenores de la acción. Por otra parte, los hechos del requerimiento así redactado, no podrán concordar con los de la sentencia. Para evitar estos problemas y cubrir de una manera completa todos los detalles de la acusación y evitar al propio tiempo las nulidades frecuentes de los requerimientos, podría emplearse una fórmula ecléctica consignando, como un hecho, la conclusión del Agente Fiscal en el sentido de que el imputado fue quien dio muerte a la víctima bajo las circunstancias que haya podido extraer de los indicios, pero sin omitir, porque ello sí podría establecer una incongruencia entre la acusación y la sentencia, la relación de hechos propiamente dicha, a saber, todos los indicios que dan base a esa conclusión. Este formato tiene la virtud de hacer que la acusación siempre sea concordante con la futura sentencia, bien sea que el juez siga en ella la estructura que se ha señalado como la correcta o emplee la que hemos criticado.

Todo cuanto hemos dicho, que de seguro no es lo mejor ni lo que realmente merecen los indi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cios (pobre de ellos con esta defensa), y en especial por lo que se ha dejado de decir, queda en evidencia que la resolución de los casos (policía, Ministerio Público, juez de instrucción y tribunal de juicio y aun en casación), cuando la prueba solo está constituida por indicios, no es empresa fácil. Pero podemos afirmar, con Santiago López Moreno y como homenaje a esos pequeños pero valientes delatores, lo que este autor dice de ellos en su obra "Prueba de indicios". "Apenas se concibe un solo delito —escribe López Moreno— que no pudiera comprobarse por este medio. Faltan muchas veces las piezas de convicción. Los peritos no siempre son necesarios, ni pueden siempre emitir dictamen. La inspección ocular, imposible en muchos casos; es insuficiente con frecuencia. La mayor parte de los criminales procuran cometer el crimen sin otros testigos que sus cómplices, cuando los tienen, y su conciencia. . . En cuanto a la confesión, es el primer grito de remordimiento que se escapa del alma, menos frecuente, por lo tanto, a medida que se trata de criminales más empedernidos. Sólo el indicio acompaña constantemente al crimen, que siempre deja huellas. Nunca puede prescindir el criminal, por mucho que se afane, de estas cuatro cosas: del tiempo, del espacio, del medio de la acción y del cuerpo sobre el que ha de obrar. Son estos cuatro elementos indispensables en la ejecución de toda obra humana, como cuatro testigos incorruptibles, dispuestos a publicar y dar testimonio de nuestras buenas o malas acciones".

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PERSPECTIVAS DE REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ
LUIS PAULINO MORA MORA
MARIO HOUED VEGA

1) INTRODUCCIÓN.

Hace ya una década rige el Código de Procedimientos Penales. El cambio legislativo fue severo si lo comparamos con el antiguo sistema procesal.

Desde su vigencia, muchas voces clamaron por modificar aspectos que no rimaban con la tradición jurídica de la época. Así por ejemplo, acostumbrados a dejarle a la Sala de Casación el pronunciarse sobre la admisibilidad del Recurso de Casación, atemorizaba el pronunciamiento en ese sentido del tribunal de juicio. Sorprendía que el tribunal en pleno debiera notificar el contenido del fallo, si estábamos habituados a que lo hiciera un funcionario auxiliar. Los cambios terminológicos, en fin, el paso a un nuevo sistema procesal generaba una serie de inquietudes y expectativas.

El Código comenzó a regir y debimos someternos a sus disposiciones. Hoy, a diez años de su vigencia, se ha acumulado la suficiente experiencia para evaluar con algún criterio sus resultados.

En esa óptica, la Comisión de Reformas al Código de Procedimientos Penales ha estimado necesario recopilar esa experiencia, con el fin de elaborar una propuesta de modificaciones que permitan ajustarlo en mayor medida a nuestro medio. Para tales efectos se ha considerado también el documento de "Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por el Congreso Jurídico Nacional de 1977", la crítica a ese proyecto de reformas, efectuada por Dora María Guzmán Zanetti, Mario Houed Vega, Fernando Cruz Castro, Jesús Francisco Chacón Bravo, Henry Issa El Khoury Jacob y José María Tijerino y las inquietudes y sugerencias que varios colegas nos han hecho llegar.

Nuestras propuestas serán divididas en dos partes. En una primera pensamos incluir las no polémicas, con el fin de que éstas no sean detenidas por la discusión que podrían provocar aquellas en las que no existe criterio uniforme. Dejamos para una segunda parte el pronunciamiento sobre aquellas en las que no ha existido consenso, con el propósito de que sean ampliamente discutidas por los miembros del foro nacional.

Dentro de nuestras tareas y como parte de las actividades programadas por la Corte Suprema de Justicia y la Escuela Judicial para celebrar el décimo aniversario del Código de Procedimientos Penales, nos reunimos durante varias sesiones Magistrados de la Casación Penal, Jueces, representantes del Ministerio Público, de la Defensa Pública y el licenciado Édgar Cervantes Villalta en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, con el Dr. Julio B. J. Maier, con quien sostuvimos un provechoso intercambio de ideas sobre el tema de nuestro interés.

Exponemos un resumen de algunos de los aspectos más relevantes señalados por el Dr. Maier ante varias inquietudes que le fueron planteadas, con el propósito de enriquecer la discusión.

2) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR SUJETOS DISTINTOS AL MINISTERIO PÚBLICO.

2.1. La Procuraduría General de la República:

El Dr. Maier opinó que la intervención de la Procuraduría General de la República, autorizada

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, no es recomendable en la forma adoptada por nuestra legislación. Precisó que si bien resulta conveniente permitir un cierto manejo político del ejercicio de la acción, como ocurre en otros países, lo cierto es que nuestro código sitúa en un mismo plano al Ministerio Público y a la Procuraduría, dejando sin resolver quién tiene la supremacía en cuanto a la promoción y mantenimiento de la acusación, en el caso de existir criterios encontrados entre ellos. Le parece de mayor conveniencia la fórmula adoptada por otros sistemas procesales, en los que se le otorga a un órgano del Estado la posibilidad de constituirse en acusador adhesivo, junto con el Ministerio Público. Agregó que, ante cualquier conflicto que surja, debe prevalecer el criterio de este último, el acusador principal en los delitos de persecución pública. De esa manera se podría permitir a la Procuraduría intervenir en el proceso penal como acusador coadyuvante, junto al Ministerio Público, pero dependiente de la actividad de éste. Incluso, señaló, no debe permitírsele al acusador adhesivo recurrir en casación si el Ministerio Público no lo hace.

El funcionamiento procesal de un acusador adhesivo o, incluso, conjunto, como está previsto actualmente por el artículo 5, párrafo II, del Código de Procedimientos Penales, exige una muy cuidadosa y compleja reglamentación procesal, que no se observa en el Código y que sería preciso crear, si se decide cualquier sistema de excepción al monopolio acusatorio del Ministerio Público.

2.2. Acusador particular:

Para los delitos de acción pública, el Dr. Maier se mostró partidario de permitir que el particular también pueda constituirse en un acusador adhesivo, junto con el Ministerio Público, sin eliminar el monopolio de la promoción de la acción penal, de tal manera que el ciudadano no pueda proseguir autónomamente. Rige, al respecto, la misma prevención anterior.

2.3. La acción ejercida por la Policía Judicial:

Se le indicó al Dr. Maier que, con fundamento en el artículo 187 del Código de Procedimientos Penales, la instrucción judicial puede iniciarse con un requerimiento fiscal o bien en virtud de una prevención o información policial (sumario de prevención). Ello significa que la Policía Judicial, encargada de practicar el sumario de prevención puede ejercer la acción penal. Es criterio del Dr. Maier que debe eliminarse esa posibilidad por inconveniente. Toda prevención policial debe ser dirigida, supervisada y valorada por el Ministerio Público, quien procederá por citación directa, en aquellos casos permitidos o promoviendo la instrucción jurisdiccional, cuando sea necesario.

Más allá de ello, el Dr. Maier es partidario de suprimir la instrucción formal o jurisdiccional, procediéndose siempre a investigar el hecho según el método conocido como "citación directa". Ello significa colocar en manos del Ministerio Público y la policía (los órganos de persecución penal) toda la labor de investigación, con el fin de poder preparar su demanda de justicia: acusar y pedir la apertura del juicio público o instar el sobreseimiento. Tal reforma requiere, por una parte, que los jueces controlen el procedimiento preparatorio en manos del Ministerio Público (juez de garantías o, simplemente, juez de instrucción), expidiendo las autorizaciones para llevar a cabo actos que el Ministerio Público no puede decidir por sí mismo (coerción, privación de libertad del imputado, allanamiento, secuestro y apertura de correspondencia, etc.) o llevando a cabo ellos mismos aquellos actos jurisdiccionales exclusivos (anticipo de prueba para el debate, actos definitivos e irreproducibles), y, por la otra, la necesidad de un procedimiento intermedio que controle los dictámenes conclusivos del Ministerio Público: acusación, sobreseimiento, v. gr. prórroga extraordinaria).

3) SOLICITUDES DEL MINISTERIO PÚBLICO VINCULANTES PARA EL INSTRUCTOR.

Respecto de las solicitudes que formula el agente fiscal y que son vinculantes para el Juez de Instrucción (prórroga extraordinaria y sobreseimiento en asuntos de competencia del Juez Penal), estimó necesario eliminar esa sujeción y en su lugar, permitirle a un órgano jurisdiccional tomar la decisión en última instancia, pues en ello estriba la naturaleza de la función del juez (ver, inmediatamente antes, lo que se dice acerca del procedimiento intermedio).

4) LA LEGALIDAD Y LA SELECCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES.

Ante la disyuntiva: acusar a todos por cualquier hecho en apariencia delictivo (legalidad-obligatoriedad), o bien seleccionar los procesos de tal modo que se acuse solo a algunos por determinados hechos (oportunidad), el Dr. Maier, en posición parcialmente contraria al tradicional principio de legalidad receptado por la mayoría de los sistemas procesales, se inclinó por dar cabida

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

también a la segunda alternativa. Afirmó que, en principio, debe mantenerse el criterio de legalidad, según el cual los órganos públicos encargados de ello deben perseguir penalmente siempre que haya motivos suficientes para presumir que un sujeto imputable realizó un hecho en apariencia delictivo; pero esta fórmula debe permitir excepciones.

La legalidad, precisó, es la consecuencia procesal de una posición kantiana y hegeliana hoy superada, según la cual a todo hecho punible debe corresponder necesariamente una pena (teorías absolutas sobre la pena). Esa concepción de la sanción penal ha sido hoy abandonada por el Derecho Penal, y, sin embargo, aún el proceso penal mantiene la consecuencia. Agregó que, en todo caso, pese a existir una fórmula jurídica que exige la obligación de ejercer la acción penal en todos esos supuestos, de hecho siempre existe una selección, por lo que no todos los que debieran se enfrentan a un proceso penal. Precisó el Dr. Maier que siempre funciona un sistema selectivo en todos los ámbitos, comenzando por los particulares y víctimas, que condicionan la persecución retaceando la información (denuncia; ej.: estafa de seguro), prosiguiendo por el nivel policial, donde es frecuente observar una selección en la que se persigue penalmente, ya general (medios afectados principalmente a la persecución de algunos delitos, con abandono relativo de otros), ya particular (solución informal para algunos delitos), y terminando por el mismo nivel judicial (sobreseimiento en algunos delitos contra el patrimonio por acuerdo reparatorio entre víctima y ofensor). Prácticas como aquellas según las cuales se investigan los hechos punibles solo cuando superen determinado monto pecuniario son llevadas a cabo por la mayoría de los cuerpos policiales. Por esas razones, agregó, lo importante es aceptar la selección, que de hecho existe y controlarla, colocándola en manos de órganos responsables políticamente. De esa manera se podrían dejar de perseguir los casos que no merecen demasiada atención, dejando la justicia de bagatela y sin importancia de lado. Para ello es indispensable, según su opinión, que la ley tase los supuestos en los que podría no ejercerse la acción penal, por decisión del Ministerio Público bajo control jurisdiccional; son los jueces quienes, en última instancia, deben controlar que se obre bajo los supuestos legales. Entre los casos que podrían no justificar la acusación, el Dr. Maier citó los siguientes: a) Cuando el sujeto ha cometido una cantidad considerable de hechos delictivos, de modo que se tomen solo algunos para acusarlo, preferiblemente aquellos más graves y donde existe mejor prueba, para evitar que la instrucción y el curso del proceso se complique; b) Cuando un extranjero ha cometido delitos menores, como falsificar los documentos de identidad y se solicita su extradición por hechos más graves y ella procede; c) Cuando el hecho ya ha provocado en el autor una pena natural, como ocurre al acusado del homicidio culposo de su propio hijo (accidente de tránsito), o aquel que a consecuencia del hecho quedó mutilado; ch) Para perseguir un hecho de mayor gravedad, como ocurre en muchos casos de extorsión basados en un hecho de menor gravedad; d) Cuando la comunidad, según sus criterios de valoración, no considere delictiva aquella conducta (adecuación social del hecho) como por ejemplo, sucede para aquél que cambia el color de un vehículo sin contar con la debida autorización de la Dirección General de Tránsito (lo que en nuestro medio constituye un hecho punible); e) El arrepentimiento activo en el complot o la conspiración, etc.

Concluyó el Dr. Maier: en algunos de estos supuestos debe dejarse abierta la posibilidad de retomar la acusación si así se considerase necesario. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso a), cuando se llegare a absolver al imputado por los hechos que se le atribuyeron, siempre que no estuviere prescrita la acción penal. Lo mismo podría sostenerse en el caso b), cuando el sujeto es puesto a la orden de la autoridad judicial que conozca de la extradición luego de desistirse de acusarlo penalmente en el país, pero la extradición se deniega. En otros casos, replicó, la selección debe calificarse de definitiva sin que pueda ser retomada, como por ejemplo, el delito leve que provocó una extorsión o un chantaje, aun cuando el autor de la extorsión llegue a ser absuelto.

Es un hecho demostrado empíricamente que no todos los hechos son procesados por la administración judicial y, más aún, que el aparato judicial, por amplio y eficiente que sea, no tiene posibilidad alguna de responder al ideal kantiano, por otra parte, difícil de concebir actualmente como benéfico. Se trata, entonces, de una decisión inteligente la de seleccionar aquellos casos importantes, que no deben quedar marginados del control y decisión judicial, por la insuficiencia crónica que el aparato judicial tiene para responder a ellos.

La reforma en este sentido debe combinarse con instituciones de Derecho Penal, como por ejemplo, la suspensión de la persecución a prueba (probation), la reacción estatal con instrumentos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que culturalmente no significan una sanción penal (estigmatizantes) para determinados hechos (diversión); la posibilidad de prescindir de la pena, etc.

5) ELIMINAR LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL Y AMPLIAR LA INFORMACIÓN SUMARIA.

La doctrina ha discutido bastante acerca de eliminar uno de los dos sistemas de instrucción (sumarial y judicial), de manera que se fortalezca solo uno. El Dr. Maier se mostró totalmente partidario de potenciar la información sumaria y conferirle mayores atribuciones al Ministerio Público. Según su opinión, en todos los casos debe permitírsele al órgano acusador realizar una información sumarial, como procedimiento preparatorio del juicio, en la cual no se juramente a los testigos, ni se materialice en actas formales. Esa información debe ser levantada en forma verbal, escuchándose a los testigos y con base en esos datos preliminares, pasar el procedimiento a una segunda fase, de carácter intermedio, en la cual se decida si se lleva o no a juicio al imputado. La repetición de los actos a través del procedimiento actual la calificó de innecesaria y la señaló como una de las causas dilatorias de los procesos. Agregó que los testigos, en muchas ocasiones son ampliamente interrogados por la policía, luego por el instructor y finalmente en el juicio.

También, en esta óptica, el Dr. Maier estimó que no existe ningún inconveniente, según el actual sistema, de permitir al agente fiscal que continúe con la información sumarial aun después de vencido el plazo de ésta, de tal modo que se elimine esta causa de conversión de la información sumarial en instrucción judicial. Así también el Ministerio Público se vería compelido a acelerar el trámite de los procedimientos, porque no podría "deshacerse" de la causa por el simple vencimiento del plazo, réplica que en ocasiones formulan los jueces de instrucción, quienes están recargados de trabajo.

Sobre la necesidad del control jurisdiccional de la actividad preparatoria del Ministerio Público, ver **supra** 2.3.

6) LA PRISIÓN PREVENTIVA.

6.1. Facultades del Ministerio Público para detener preventivamente al imputado:

En nuestro medio se ha suscitado una polémica respecto de la práctica seguida por los miembros del Ministerio Público de detener preventivamente al imputado, más allá de veinticuatro horas. Algunos consideran que no tiene facultades legales para hacerlo (así CASTILLO BARRANTES, E. **Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,** Colegio de Abogados, San José, 1977, pp. 118 y 119); mientras que otros, pese a reconocer que nuestro código procesal sí lo faculta para detener al imputado durante la información sumaria, califican de inconstitucionales las normas que se lo permiten (así HOUED VEGA, M. **El procedimiento denominado de "citación directa",** en Revista Judicial Nº 16, San José, 1980, pp. 66 ss.). Corte Plena, por una mayoría formada por siete magistrados, declaró sin lugar un recurso de hábeas corpus ejercido contra un "auto de detención" dictado por un agente fiscal en un asunto de citación directa. En minoría, los magistrados CHACÓN, SABORÍO, MORA, GUZMÁN y el suplente ARGÜELLO VILLALOBOS, lo declararon con lugar estimando que la privación de libertad del reo, después de haber sido indagado, en asuntos de citación directa, sólo procede por excepción, cuando se da la circunstancia que apunta el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales. (Artículo VI de Sesión Extraordinaria de Corte Plena del 6 de setiembre de 1985). Con base en normas idénticas a nuestro código procesal, el Dr. Maier precisó que en la provincia de Córdoba no se interpreta que el Ministerio Público pueda detener a una persona más allá de cuarenta y ocho horas, sin control jurisdiccional (art. 423). De **lege ferenda,** si se considera necesario prolongar la detención preventiva, el Ministerio Público debe ponerlo inmediatamente a la orden de un juez instructor, quien dará oportunidad al aprehendido para defenderse (declaración del imputado) y examinará la procedencia de esa detención. Agregó que le parece conveniente que el Ministerio Público no deba tener la facultad de detener por más de veinticuatro horas a una persona (regirán todas las reglas de la aprehensión policial o privada), pues ello debe corresponderle únicamente a un órgano jurisdiccional.

6.2. Necesidad de revisar periódicamente la procedencia de la prisión preventiva:

De política criminal manifestó el tratadista que deben crearse adecuados mecanismos y las reformas necesarias, para que la procedencia de la prisión preventiva sea examinada en varios momentos y en forma obligatoria por el juez, quien por auto fundado debe justificar en cada uno de esos distintos momentos la necesidad de mantener detenido al imputado. En tal sentido criticó el procedimiento actual, que exige al juez instructor decretar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

automáticamente la prisión preventiva, puesto que en muchos casos es innecesaria o no se justifica. Por otra parte, en muchas ocasiones llegan a desaparecer los motivos que podrían justificar el decreto de la prisión preventiva, pero no se exige al juez examinar su procedencia en forma obligatoria. A lo sumo, por medio de la excarcelación se pueden atenuar las graves consecuencias de la prisión preventiva obligatoria; sin embargo, estima que deben mejorarse esos mecanismos procesales. Deben existir también límites temporales máximos para el encarcelamiento preventivo.

6.3. Los límites a la prisión preventiva y la prórroga extraordinaria:

Con base en el artículo 326 de nuestro Código de Procedimientos Penales, el Dr. Maier informó que en la provincia de Corrientes, con ley similar, se ha interpretado restrictivamente que el límite máximo de la prisión preventiva es el plazo ordinario de la instrucción y ello se interpretó así, incluso sin dictarse la prórroga extraordinaria. (Sobre este tema informó que hizo un comentario sobre la jurisprudencia en un trabajo suyo denominado **"Un caso interesante del límite del encarcelamiento preventivo"**, publicado por la Revista Doctrina Penal).

De política criminal, el Dr. Maier opinó que deben desaparecer las prórrogas ordinarias de la instrucción y en lugar de ello debe establecerse un límite concreto a la prisión preventiva y pedir prórroga solo para esos efectos. En su criterio el término del encarcelamiento preventivo debe ser de seis meses, prorrogables solo por seis meses más y excepcionalmente por un año más y tal solicitud de prórroga debe hacerse ante la Corte de Casación Penal. Lo anterior, unido a una exigencia de examinar la prisión preventiva en determinados momentos, puede contribuir en mayor grado a evitar los "presos sin condena", de los que están llenas las prisiones de América Latina. (Véase CARRANZA, Elías; HOUED, Mario; MORA, Luis Paulino; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe,** ILANUD, San José, 1983).

7) CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA.

Ante la discusión que también provoca el haber incorporado al proceso penal la acción civil resarcitoria, el Dr. Maier se mostró totalmente partidario de mantenerla en el proceso penal, pero sí nos señaló como necesario modificar varios aspectos, tales como:

7.1. Momento de concretar pretensiones:

Actualmente la parte actora civil concreta sus pretensiones al final del debate, cuando se le concede la palabra durante las conclusiones. Ello se ha traducido en una verdadera indefensión para los demandados civiles y el imputado, quienes hasta ese momento ignoraban qué pretende el actor civil. De esa manera se les impide a aquéllos prepararse para una defensa y ofrecer la prueba necesaria que respalde su posición en el aspecto pecuniario. Concretar las pretensiones al final del debate es motivo de incertidumbre para la contraparte, porque el actor en muchas ocasiones sorprende con su reclamación. Por esos motivos el Dr. Maier considera imprescindible que se modifique esa situación, de tal manera que se le exija al actor civil fijar sus pretensiones en un momento procesal anterior al juicio, aunque reconoció que aún no encuentra una fórmula que le satisfaga (hay decidido: "concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretende, indicando la reparación deseada, o estimando, cuando sea posible, el importe de la indemnización. La falta de cumplimiento de este precepto se considerará como desistimiento de la acción"). Indicó que no debe trasladarse el problema al momento de la citación a juicio, porque ello podría transformar el objeto de ese acto procesal, de suma importancia para el aspecto penal. Calificó de prematuro exigirle al actor civil concretar sus pretensiones antes de la citación a juicio, de tal manera que esa solución tampoco le satisfizo. Hay decidido: el momento es, precisamente, el procedimiento intermedio (crítica instructoria), inmediatamente después de emitida la acusación.

Le hicimos ver al Dr. Maier que en muchos casos en el escrito inicial de la acción civil el actor fija un monto, estimando así sus pretensiones, pero luego en el debate solicita una suma mayor. Al respecto opinó que debe tomarse como base de la reclamación la suma que finalmente indica en el debate, según las reglas actuales, porque ese es el verdadero momento procesal de concretar la pretensión indemnizatoria en el código vigente (ver **supra).**

7.2. Límites a la actividad probatoria en el aspecto civil:

En criterio del Dr. Maier, las reglas probatorias materiales del proceso civil sí rigen en el proceso penal para acreditar todo lo relativo a la indemnización pecuniaria.

Por otra parte, estimó que, no obstante que la instrucción tiene entre sus objetivos determinar la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

extensión del daño ocasionado con el delito, el juez no debe suplir la inactividad de las partes y por ello no se mostró partidario de la valoración prudencial que el juez realiza cuando no se ha ofrecido prueba para establecer el monto del daño sufrido. El actor civil debe probar el daño sufrido sin que su inactividad pueda ser suplida por el tribunal, de tal manera que el juez no debe probar lo que el actor civil no quiso probar o no probó.

7.3. Delegación de la acción civil en el Ministerio Público:

Con un criterio de protección a la víctima, se autorizó a delegar el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público. También se facultó al órgano acusador ejercitar la acción resarcitoria cuando el ofendido sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente. Sin embargo, estimó el Dr. Maier, la experiencia ha demostrado que esa no es precisamente una labor idónea para el Ministerio Público, porque no es un acusador a todo trance y resulta contradictorio que deba mantener la acción civil cuando haya solicitado un sobreseimiento o la absolutoria del imputado; por lo que es indispensable eliminar esa delegación y reemplazar el órgano delegado, a su juicio, el Defensor público o Asesor oficial.

7.4. Condenatoria en abstracto:

La condena civil en abstracto provocó una discusión en la jurisprudencia patria. (Recordemos el criterio de la Sala Primera Penal en su resolución de 16 hrs. 4 de mayo de 1978; el de la Sala Segunda Penal, en resolución Nº 48-F de 14:30 hrs. de 7 de setiembre de 1978; de la antigua Sala de Casación Penal, hoy Sala Primera, en su resolución Nº 227 de 16 hrs. de 19 de setiembre de 1979; de la antigua Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia, en resolución Nº 11 de 10 hrs. de 4 de julio de 1980; y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en resolución Nº 19-F de 10:35 hrs. del 24 de abril de 1981). Sin pronunciarse en esa polémica, el Dr. Maier opinó que podría admitirse la condenatoria civil en abstracto cuando hubiere convenio entre las partes, dejando para la ejecución civil la específica demostración del monto del resarcimiento. Ello tomando en cuenta que se trata de aspectos netamente pecuniarios, en los que es admisible la transacción. Valga la pena aclarar que no se trata de una condena a reparar abstracta, como aquí se le llama, sino tan solo de una condena a reparar un daño concreto sin fijación de importe preciso.

8) FORMALIDADES DE LA SENTENCIA.

8.1. Contenido estructural de la sentencia:

Según el Dr. Maier, la sentencia debe contener seis partes, algunas de ellas no necesarias (como la relativa a la acción civil cuando no se ejerce, o a la graduación de la pena cuando se absuelve). Las partes son las siguientes:

I. Introducción:
   1) Encabezamiento: donde consta quiénes son los imputados y lo demás que exige el Código Procesal, como el nombre de las partes, de los jueces, etc.
   2) Resultando:
      a) En qué consiste la acusación.
      b) Resumen de las pretensiones civiles.
      c) Posición del imputado en su declaración.

II. Hecho probado: razonamiento sobre la prueba, para concluir sintéticamente indicando cuál es el hecho que el tribunal tiene como acreditado.

III. Conclusión jurídica: En esta parte el tribunal expone los razonamientos jurídicos sobre el hecho, indicando cuál es su significación jurídica. Se incluyen todas las apreciaciones de derecho y se concluye por la condenatoria o la absolución.

IV. Graduación de la pena.

V. Apreciaciones sobre la acción civil resarcitoria.

VI. Parte dispositiva.

8.2. Voto salvado:

Le informamos al Dr. Maier el criterio de la Sala de Casación Penal, según el cual el juez que salva su voto debe continuar votando con la mayoría sobre los diferentes extremos aún no resueltos. En primer término se mostró partidario de no establecer reglas para la deliberación. En su criterio es suficiente con disponer en el código: "El Tribunal resolverá por unanimidad o por mayoría de votos" y punto. No debe reglarse cómo llegar a la decisión por innecesario. En nuestro sistema, afirmó el Dr. Maier, pareciera que tiene razón la Sala de Casación al afirmar que el voto es **escalonado** de modo que aun cuando uno de los integrantes del tribunal salve el voto, debe continuar votando con la mayoría porque a ello lo obliga el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Código de Procedimientos Penales. De política criminal opinó, sin embargo, que no estaba de acuerdo con tal sistema, pero sí en obligar a quien salva el voto a concurrir a votar sobre la pena, aun cuando su criterio fuere el de absolver, ya que su no participación podría perjudicar el necesario balance en la decisión.

Básicamente, existen dos sistemas para deliberar y votar: el escalonado, consistente en fijar las diferentes cuestiones (existencia del hecho, participación del imputado, calificación, etc.) y deliberar y votar separadamente cada una de ellas obligando la mayoría a la minoría, según el resultado de cada votación particular sobre cada una de las cuestiones; el total, consistente en admitir que, quien arribe a la absolución por cualquier motivo no siga votando y la sentencia condenatoria solo sea posible si se conserva la mayoría sobre todos los presupuestos de la condena.

9) RECURSOS.

En criterio del Dr. Maier debe eliminarse la obligación de presentarse ante el superior a mantener el recurso de apelación, pues la parte ya ha mostrado interés al impugnar la resolución y si deseara desistir debería pedírsele que lo haga en forma expresa. La fórmula actual la calificó de innecesaria, pues los procedimientos deben simplificarse.

También se mostró del criterio de admitir el recurso de revocatoria sin necesidad de oír a las partes, resolviendo sin sustanciación, de tal modo que podría eliminarse la audiencia que se confiere después de interponer el recurso de revocatoria.

Respecto de quiénes deben conocer el recurso de apelación, el Dr. Maier precisó la importancia de no permitir que los tribunales de juicio conozcan también de las apelaciones, en virtud de los inconvenientes que esa fórmula conlleva. Sería deseable que no se creara específicamente un tribunal de apelación, sino que se rotara en esa función, impidiendo, eso sí, que el juez que tomó parte en la decisión del recurso de apelación, interviniera en el debate y la sentencia (causa de apartamiento).

Con el Código de Procedimientos Penales se varió la tradición procesal que se mantenía en Costa Rica respecto de la autoridad que debe admitir el recurso de casación. En todas las materias siempre el recurso se formula ante la Sala de Casación, órgano jurisdiccional encargado de admitirlo para su trámite o rechazarlo ad portas. El Código Procesal Penal trasladó ese deber al tribunal que dictó la sentencia, sin embargo, el Dr. Maier se mostró partidario de la solución que tradicionalmente se acogía en Costa Rica. Después de la experiencia costarricense, en su proyecto para la justicia nacional argentina, ha optado por un sistema distinto: el recurso se plantea ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. Si lo admite, él remite directamente las actuaciones al tribunal de casación; si no lo admite, el recurrente puede reponer (revocatoria) la decisión, "limitándose a criticar el fundamento por el cual se rechaza el recurso, resolviendo el tribunal sin sustanciación". Si el tribunal vuelve a rechazar el recurso, eleva directamente al tribunal de casación, quien decide definitivamente.

10) JUICIO PARA INIMPUTABLES.

Expresó también la necesidad, mientras se mantenga el sistema de medidas de seguridad contra inimputables, regular un juicio para imponer las medidas de seguridad y corrección, cuando solo proceda esta forma de reacción penal, pues no corresponda, al mismo tiempo, reaccionar con una pena.

Tal juicio debe respetar todas las garantías del debido proceso que se regulan para imponer una pena.

11) EJECUCIÓN DE LA PENA.

Según la tendencia moderna, el Dr. Maier se inclinó también por la necesidad de jurisdiccionalizar la ejecución de la sanción penal. En su criterio, el Ministerio Público debe ser el funcionario a quien debe corresponder la ejecución de la pena privativa de libertad, como representante del Estado que hace valer los intereses públicos de la actividad represiva. Esa función debe realizarla ante un Juez de Ejecución de la Pena, contralor de la legalidad de la ejecución (derechos del recluso y normas jurídicas a la base de la potestad punitiva del Estado). Ello demandaría una modificación radical de los actuales sistemas de ejecución, en los que debe integrarse también el defensor que asistió al imputado hasta la sentencia.

12) A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las anteriores constituyen ideas que pueden orientar el trabajo de la comisión recopiladora y redactora de las posibles reformas que podrían introducirse a nuestro Código Procesal Penal. Esperamos susciten polémica porque de su seno siempre se obtiene un provechoso fruto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

LIC. RÓGER BRAVO ÁLVAREZ

PRESENTACIÓN.

El estudio que a continuación se despliega a esta breve introducción ha sido realizado particularmente siguiendo un método deductivo a la vez que en alguna parte de inducción, así como de narración general para preparar el camino al estudio de un determinado punto o tema.

En forma general, tanto debido al tiempo como al espacio se parte de la visión sutil o general de algunas instituciones, sin obviar claro está sus principales connotaciones. No obstante, al tratar de la sana crítica realizamos una investigación de mayor profundidad en su sentido y valoración así como en su consistencia, de tal forma que constituye el más amplio estudio de los temas investigados en el presente trabajo.

Así pues, partimos de una preparación inicial, de una forma de arar y de abonar la tierra para darle una base a todos los demás estudios.

Dediquémonos pues a ver en que forma los sistemas de apreciación de las pruebas en el sistema procesal penal cumplen su función de guardianes del principio de la verdad real. Pero más importante aún será el poder llegar a dar una pequeña luz dentro del oscuro dilema de la aparente similitud doctrinaria entre el sistema de la libre convicción y la sana crítica.

GENERALIDADES.

Siempre ha sido de gran relevancia para cualquier cosa, el que ésta posea una base sólida sobre la cual depositar su estructura, así un pequeño o enorme edificio deberá tener primero una base que le permita sostenerse y sobre ella hacerse fuerte, sólido y firme evitando así que cualquier eventualidad pueda significar la caída de su armazón. Pues bien, las instituciones jurídicas así como las construcciones jurídicas no son la excepción a la regla, también ellas deben construirse sobre bases, en este caso, sobre principios jurídicos, lineamientos jurídicos, es decir, sobre aquellos enunciados generales, o bien fundamentos mismos de un sistema jurídico sobre los cuales se despliega todo un conjunto de normas que a bien tienen regular el mundo de los hombres generalmente en todas sus manifestaciones, de tal forma que un pequeño sistema dentro de esa grandiosidad jurídica, también se regula y vive sobre la base de toda una serie de principios que a la vez informan e inspiran todo el aparato normativo jurídico e institucional de esa especie dentro del género.

Pues bien, el Derecho Procesal Penal, sistema entre sistemas, goza así de una serie de principios que a la vez contienen lineamientos específicos que informan las diversas ramas de su estructura propia. Tres son los principios generales que constituyen la base del sistema procesal penal en la doctrina americana y particularmente en la nacional; El Principio de Oficialidad, El Principio de la Verdad Real, y el Principio de la Inviolabilidad de la Defensa. De ellos el que se identifica con nuestra labor realizada es el de la Verdad Real o Material ya que precisamente es sobre él que descansa el fin inmediato de todo el proceso penal, la averiguación de la verdad real, o bien el descubrimiento de la verdad histórica.

De allí que hagamos mención sucinta de él, precisamente, para construir o dar base o asiento a la estructura que ha de apoyarse sobre él.

PRINCIPIO DE LA VERDAD REAL O MATERIAL.

Entendidos estamos, que como bien deriva de su nombre es un principio que se sustenta de la necesidad de descubrir la verdad real, la verdad histórica, "que no es otra cosa sino que el juzgador consiga encontrar una adecuada identidad en su

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

espíritu entre como ocurrieron los hechos y la representación de los mismos en su pensamiento"[1].

Así dentro del mismo orden de ideas, Vélez Mariconde escribe que "el fin de todo juicio es, como sabemos, investigar la verdad de los hechos, la que puede definirse como la concordancia entre la realidad y la noción ideológica, o la adecuación del intelecto con la cosa conocida, o el conocimiento en cuanto se conforma con la cosa que él representa. Para que un juicio no sea falso sino verdadero, dice Allegra, es necesaria la permanencia de tres elementos; la cosa (o realidad), el conocimiento (o la idea) y la conformidad entre ambos".[2]

Así mismo es un principio que viene inspirado del interés público estatal de reaccionar por propia iniciativa ante cualquier transgresión del orden jurídico penal, sin esperar consecuentemente el reclamo o denuncia de los ofendidos salvo claro está en aquellos casos en que la ley prevea cosa distinta. De forma que así las cosas queda claro que el Estado reacciona oficiosamente ante el conocimiento de una *notitia criminis*, para descubrir la verdad, en virtud de ese interés público que le inspira en esta materia.

Pues bien, como principio que es goza de toda una serie de subprincipios que en una palabra constituyen su archipiélago jurídico y que en tinta del profesor Vélez Mariconde se clasifican según: "Sus condiciones de recepción de la prueba, (inmediación, oralidad y concentración, identidad física del juzgador y publicidad del debate), los poderes autónomos de impulsión y de investigación, y según (investigación jurisdiccional autónoma o principio inquisitivo) se refieren a distintos aspectos de los elementos probatorios (libertad, comunidad de prueba y libre convicción)."[3]

En cuanto a la libertad de la prueba, esta consiste en la consolidación del principio en cuestión, ya que en pocas palabras es el eco de la regla procesal penal de que "Todo se puede probar y por cualquier medio, salvo las taxativas prohibiciones o limitaciones que la ley establece, siempre son excepcionales".[4]

De forma que se configura como el verdugo del sistema de las pruebas legales. Por su parte la comunidad de la prueba consiste en voz del profesor Enrique Castillo, en que "La prueba ofrecida o introducida al proceso no se puede, en el primer caso renunciar, y en el segundo retirar."[5]

De forma que prueba producida y recibida queda adquirida por el proceso, así como el agua que cae a la tierra.

Pues bien, analizada la base y los cimientos empecemos pues a levantar este pequeño edificio, para lo cual comenzaremos con determinar la actividad probatoria desembocando luego en los síntomas de apreciación o bien modos de apreciación de las pruebas que constituyen los moldes, tipos o instrumentos aptos e idóneos para valorar los elementos de prueba.

ACTIVIDAD PROBATORIA.

Hay quien ha dicho que el arte del proceso es el arte de administrar las pruebas,[6] precisamente porque el contenido vivo y orgánico del mismo son las pruebas, son esos elementos, o datos objetivos que de una u otra forma se introducen al proceso brindando elementos de convicción y certeza sobre la existencia o no de un hecho delictuoso, los que permiten a los sujetos del proceso realizar ese esfuerzo incesante de hacer resplandecer la verdad. De allí que la forma en que se lleve a cabo la actividad probatoria represente para el proceso

---

1. SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal.* Santillana S.A. Madrid, 1966, tomo IV, vol. 1, págs. 519-520.
2. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal.* Segunda. Lerner Buenos Aires, 1969, t. II, págs. 199-200.
3. Ibídem, pág. 186.
4. Ibídem, pág. 189.
5. CASTILLO, Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José 1977, pág. 61.
6. BENTHAN, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales.* Traducción de Manuel Osorio, E.J.E.A., Buenos Aires, 1972, t. I, pág. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un pilar en la marcha hacia la averiguación de la verdad.

La actividad probatoria se realiza en tres momentos distintos:

1. Producción,
2. Recepción, y en
3. La valoración que es el momento en donde toma lugar la llamada apreciación de las pruebas.

PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA.

El profesor Vélez Mariconde señala "que la producción de la prueba es la tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad, o sea que probablemente contendrá un elemento de prueba."[7]

Analicemos un poco más la definición del profesor Vélez Mariconde. Al referirse el citado profesor a qué es una "tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba" se está con ello aceptando la posibilidad o probabilidad de que un determinado elemento o dato objetivo sea susceptible de llegar a producir la certeza, y convicción necesaria de la existencia de un hecho delictuoso.

Es decir, se intenta producir, a través de una declaración de voluntad del sujeto que tome la iniciativa, un elemento de prueba, y con ello se llega a determinar la existencia de una manifestación de voluntad que toma la iniciativa en la producción de la prueba, la cual corresponde en palabras del profesor argentino, "al juez de instrucción, al Ministerio Público, a las partes, y excepcionalmente al Tribunal de Juicio".[8]

Así, se observa por una parte la existencia de una manifestación de voluntad que se materializa a través de la producción de la prueba, no entendida en su sentido lato, sino en el de introducción, para intentar producir un elemento de prueba. Valga añadir que se ha hablado de iniciativa en la producción de la prueba, ya que, "todo objeto y medio de prueba una vez que se ha introducido en el proceso, se desvincula de la parte que lo ha presentado y queda como cosa del proceso para ser aprovechado por todos los sujetos procesales en interés de ellos."[9] Lo cual a su vez se manifiesta como portavoz del principio real y de defensa, expresado a través de la libertad y comunidad de la prueba.

Por otra parte, pero dentro del mismo orden de ideas, se extrae para su estudio la frase que expresa, "que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad".[10] Lo cual alude por una parte a la posible relación que pueda tener el medio de prueba a introducirse, con los hechos que deban ser objeto de prueba, es decir, que guarda una estrecha relación entre el hecho a investigarse y el medio de prueba a introducirse; y por la otra a la limitación objetiva del juez, para lo cual se señala que ". . .el juez de instrucción no puede proceder por iniciativa propia de oficio, sino tan sólo a instancia del Ministerio Público o de la Policía Judicial, y de esto resulta, naturalmente, que aquel magistrado debe limitarse a investigar el hecho en que se basa la pretensión jurídico-penal deducida, o sea, que su actividad sería ilegítima si se tratara de descubrir otro hecho, pero su obra, semejante a la del historiador que procura reconstruir el pasado, está limitado sólo objetivamente. (In rem). . ."[11].

Así en el mismo sentido ver los artículos 187 y 117 del Código Procesal Penal costarricense. Por último en cuanto a la probabilidad de que ese medio de prueba al introducirse goce de un elemento de prueba, valga decirlo que ello encuentra asidero en el estado psíquico del juzgador con respecto al conocimiento cierto o probable de la existencia de un hecho delictivo; así pues, el juez durante la instrucción formal para dictar el auto de procesamiento, debe hacerlo cuando concurran suficientes elementos de convicción "para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo, de suerte que el Magistrado al dictar esa medida emite un juicio de probabilidad, en este sentido (no en otro) cabe afirmar que el procesamiento es una

---

7. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., pág. 349.
8. VÉLEZ MARICONDE, loc. cit.
9. FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal.* Traducción de L. Prieto Castro. Segunda. Bosch. Barcelona, 1934.
10. VÉLEZ MARICONDE, loc. cit.
11. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., pág. 347.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito concretamente verificado".[12]

A contrario sensu cuando sea el tribunal de juicio el que se pronuncie sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, deberá hacerlo basado en la certeza, es decir, "en la creencia firme de estar en posesión de la verdad de que existe un hecho que se estima jurídicamente relevante".[13]

Por último en cuanto a los momentos procesales en que se hace efectiva esa producción de la prueba, debemos decir que la misma tiene lugar en cualquiera de las fases del proceso sean

la instrucción
- a petición de parte; o
- ex officio; y

en el juicio
- Al citarse las partes 349 CPP
- Al abrir el debate 371 CPP
- Instrucción suplementaria 353 CPP
- Pruebas para mejor proveer 387 CPP.

Con respecto a la etapa de juicio nos es dable hacer un pequeño comentario en la medida de lo escrito por el profesor Vélez Mariconde al referirse a la recepción de la prueba en la etapa de juicio como excepciones de tipo inquisitivo dentro de un sistema de tipo acusatorio; establece que ". . .el juicio que tiene características del sistema acusatorio. . . tiene dos excepciones de tipo inquisitivo establecidas en homenaje al principio de la verdad real".[14]

Si bien es cierto que a través de la historia procesal penal han existido dos tipos de sistemas tipo tradicionales, sean el acusatorio y el inquisitivo, también es cierto que la evolución procesal penal ha dado origen a un sistema mixto gracias a la fusión de los sistemas tipo tradicionales.

De forma tal que ya no se alude ni a uno ni a otro como absolutos de un sistema procesal penal, sino que ambos son parte de un sistema unitario, de un sistema procesal penal mixto que ya no trata de diferenciar una y otra etapa con distinto color sino más bien de referirse al sistema como una unidad, como un todo orgánico dotado de sus propios lineamientos y características de sistema unitario, de un solo color con diferentes matices que en un momento histórico formaron parte de un sistema tradicional tipo. De manera que en este sentido no compartimos las expresiones del profesor argentino en la medida en que pretendan caracterizar una y otra etapa del proceso de acuerdo con sus lineamientos clásicos, sea inquisitiva o acusatoria, ya que ello en parte sería obviar a la vez que dejar de lado la evolución procesal penal.

RECEPCIÓN O ASUNCIÓN DE LA PRUEBA.

El vocablo recepción al tenor de la Real Academia significa "acción de recibir, admisión, aceptación y aprobación".[15] De allí que la recepción de la prueba se presenta como una aceptación de aquello que pueda rendir utilidad y eficacia a la averiguación de la verdad.

El profesor Eugenio Florian ha escrito que la "asunción es el acto por el cual el medio de prueba rinde la utilidad y eficacia que está destinado a proporcionar. . .".[16]

Es decir, que la asunción o recepción de la prueba no se limita únicamente a aceptar o recibir la prueba, sino que incluye rendimiento, utilidad y eficacia en interés de la verdad material**. No obstante existe la posibilidad de que participen en la recepción de la prueba órganos con capacidad para ello; así en la instrucción formal el Ministerio Público, y la Policía Judicial yacen facultados para asumir o recibir las pruebas presentadas como también lo están las partes y los defensores.

---

12. Ibídem, págs. 344-345.

13. Ibídem.

14. Ibídem, pág. 350.

15. GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, *Diccionario Enciclopédico, Pequeño Larousse*, Noguer, Barcelona 1914, págs. 13-754.

16. FLORIAN, op. cit., pág. 319.

** Por su parte Vélez Mariconde se ha referido a ella como el ingreso efectivo de la prueba al proceso. En cuanto a quien puede intervenir en la asunción de la prueba debemos decir que en la etapa de instrucción por excelencia será siempre el juez quien las reciba ya que ello se presenta como típico de la función instructora, recabar, investigar, reconstruir y comprobar la existencia de un hecho delictuoso, en una palabra, instruir (art. 185 CPP).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De tal forma que la actividad de prueba no puede ser solo del juez, sino que corresponde también a las partes, las cuales desarrollan una labor importante, especialmente en cuanto a la introducción y a la adquisición o recepción de los objetos y órganos de la prueba.[17] Así pues y en síntesis la recepción o asunción de la prueba en la instrucción quedará por excelencia a cargo del juez con las excepciones respectivas sean las de permitir la asunción de la prueba por parte de los otros sujetos procesales con las limitaciones del caso, y en lo que concierne a la segunda fase, sea la del juicio opera el mismo principio pero con tonalidades ya no de excepción sino de exigencia, ya que durante el debate no pueden haber limitaciones en virtud de la existencia del contradictorio, sea la "posibilidad de contraponer los elementos de defensa a los elementos de la acusación de una forma idónea para iluminar al juez, acerca de la verdad real".[18]

Pues bien, habiendo expuesto a grandes rasgos los dos momentos probatorios que nos preceden, hemos de arribar al último momento de la actividad probatoria dentro de la clasificación que se ha escogido. La valoración o valuación de las pruebas que han sido producidas y asumidas por el proceso en las formas expuestas a priori.

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Si observamos la naturaleza de las cosas, hemos de observar que en ellas siempre hay algo más de lo que nuestra mirada rápida es capaz de captar, así por ejemplo cuando admiramos el crecimiento de una cosa, no vemos en ella el proceso que ha tenido que pasar para llegar a donde se encuentra, pero si al contrario fuere, habremos visto en ella todo un proceso, todo un mundo integrado de pequeñas y grandes cosas que de una u otra forma han impulsado el crecimiento de ella a la vez que le han brindado esplendor y grandeza, ello en el mundo de los hombres es valorar las cosas, es darles vida y razón de ser.

Así las pruebas que han sido producidas y recibidas en el proceso deben ser valoradas y estimadas para que adquieran vida y razón de ser.

También y más concretamente sobre el particular el profesor Carnelutti expresa, "la experiencia que la observación de las pruebas proporciona al juez puede serle más o menos útil para el juicio que él debe formular, esta utilidad depende de la vinculación que según las leyes de la naturaleza se puede establecer entre la prueba y el hecho a probar. . .".[19] De tal forma que se pueda llegar a través de esa vinculación a una convicción y certeza sobre la situación en que se produjeron los hechos sometidos al proceso, en consecuencia el valor de la prueba consistirá "en su idoneidad para establecer, según las leyes de la naturaleza, la existencia del hecho a probar".[20] De tal forma que su valoración de conveniente e idónea se hará a través de una apreciación realizada por el juez dándole así vida, aptitud y capacidad para convertirse en un elemento de prueba.

Ahora bien, ¿qué es valorar una prueba? y ¿qué es apreciar una prueba? enseguida veremos.

La valoración escribe la Real Academia es la acción de valorar, y valorar es señalar o ponerle precio a una cosa.[21] Es darle estimación, valor; es estimarla con respecto a las demás cosas, es darle sentido y razón de ser. En cuanto a la prueba la valoración consiste en determinar qué eficacia posee, qué virtud, efecto o consecuencia es susceptible de producir, como elemento de prueba en la averiguación de la verdad real.

Es decir, en tinta de Florian, "señalar con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el Magistrado debe expedir".[22] Por su parte la apreciación es el exa-

---

17. FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, traducción de Jorge Guerrero. Tercera, Temis, Bogotá, 1982, t I, pág. 264.

18. MANZINI, Vicenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Europa-América, Buenos Aires, t. I, 1951, pág. 298.

19. CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Santís Melendo, E.J.E.A., Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires, 1950, vol. I, pág. 294.

20. Ibidem.

21. GARCÍA-PELAYO, op. cit., pág. 924.

22. FLORIAN, *De las pruebas penales*, op. cit., pág. 257.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

men, estudio y crítica de una cosa[23] es ponerle el valor a las cosas a través de la graduación y estimación que de ellas se haga, por lo que en consecuencia la apreciación de las pruebas vendría a ser "el juicio que acerca de la autenticidad y de la eficacia de las pruebas aducidas en un proceso. . . hace quien debe juzgar".[24]

Así en síntesis la valoración de las pruebas se lleva a cabo a través de la apreciación que de ellas se haga, es decir que la eficacia y estimación de una prueba se lleva a cabo a través de un juicio o examen crítico que a bien tiene determinar la idoneidad de la misma para convertirla en un elemento de prueba que acredite la existencia de un hecho delictivo.

Simplificando, la valoración de las pruebas consiste en un juicio de valor, en un examen crítico-valorativo de la prueba, influido de los elementos de la lógica y la psicología, de la experiencia y la crítica, y del razonamiento con que se aprecia su veracidad y certeza. Pasteur dijo una vez "reducido a sí mismo el espíritu crítico no es ni un productor de ideas, ni un estimulante de grandes cosas; pero sin él, todo está caduco, él tiene siempre la última palabra".[25]

Así pues, el Juez valora la prueba críticamente para juzgar, y este valorarla dice Carnellutti, "se asemeja precisamente al acto de quien, poniéndolo sobre la balanza, procede a pesarlo".[26]

Ahora bien, ¿quién sería llamado a efectuar la apreciación de las pruebas? En realidad cuando se habla de apreciación o valoración de las pruebas la atención se centra generalmente sobre el juicio del juez es decir que el juez es el llamado a valorar principalmente los medios de prueba, sin embargo tal creencia no es del todo exacta ya que los demás sujetos procesales también participan en la apreciación y valoración de la prueba. De tal forma que, "la apreciación no solamente se ciñe al quehacer del juez, sino también al de otros sujetos procesales, concretándose principalmente en la acusación y defensa, en los alegatos sobre las pruebas, en las expresiones de agravios, y en las mejores de fundamentos".[27] De acá precisamente que sea de particular trascendencia la valoración del Ministerio Público cuando "Haga mérito del sumario y requiere la elevación a juicio"[28] o bien solicite el sobreseimiento o una prórroga extraordinaria de la instrucción, así como la que realiza el defensor del imputado cuando se oponga a esa remisión o al efecto deduzca excepciones.

En síntesis, "la evaluación de la prueba no es obra exclusiva del juzgador. Ella importa un examen crítico que el Ministerio Público y las partes deben estar en condiciones de efectuar. Los destinatarios de la prueba son todos los sujetos de la relación procesal, aunque el principal sea, desde luego el juez, todos deben tener la posibilidad de valorarlos, aunque la decisión no sea perfecta o exhaustiva. Por esto se habla del ánimo de todos, aludiéndose así a un aspecto de la comunidad de la Prueba".[29]

Es primordial advertir que durante la instrucción, las purebas se están valorando en forma continua por todos los sujetos del proceso, principalmente por el juez de instrucción sin embargo, en esta etapa de la instrucción se manifiesta la valoración de las pruebas que hace el juez al momento de resolver la situación jurídica del imputado, ya sea disponiendo el procesamiento, declarando una falta de mérito, o bien en su oportunidad cuando deba pronunciarse sobre la elevación de la causa a juicio. En lo conducente a la segunda etapa, la de juicio, es menester recordar con anterioridad los subprincipios de la inmediación (en la concepción del profesor Enrique Castillo) sean la concentración o continuidad y la identidad física del juzgador ya que en esta etapa cobran mayor relieve al momento en que el Tribunal efectúa la valoración de las pruebas, así la apreciación final el Tribunal la lleva a cabo al mo-

---

23. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, 13a. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981, t. I., pág. 340.

24. Ibídem.

25. Citado por GORPHE, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Delia García, La Ley S.A., Buenos Aires, 1967, pág. 153.

26. CARNELUTTI, op. cit., pág. 296.

27. RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, t. II, 1979, pág. 244.

28. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., pág. 351.

29. Ibídem, pág. 344.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mento de la deliberación, mientras que el Ministerio Público y la defensa la llevan a cabo durante la discusión previa.

En resumen, valorar y apreciar un elemento de prueba, es darle sentido y eficacia, virtud y efecto, es producir en la observación un anhelo de inquietud que a través del razonamiento, le dará vida, convirtiéndolo así en base legítima del pronunciamiento jurisdiccional.

Pues bien, habiendo realizado un escueto y general análisis de la actividad probatoria, resulta necesario ahora referirse al tema que responde a ¿cómo deberá el juez valorar la prueba, con qué criterio directivo? ¿Podrá él mismo escoger el criterio o deberá hallarlo en la ley? ¿Deberá la prueba se valorada por la ley en abstracto o por el juez en concreto? a estas y a otras preguntas es que intentaremos dar respuesta.

SISTEMAS.

Una vez escribió el constitucionalista costarricense Mario Alberto Jiménez, que la historia constitucional costarricense siempre se había caracterizado por la existencia de un sistema de pesos y contrapesos. Sistema este que con algunas variantes también es susceptible de aplicarse a la evolución procesal penal en la medida de la existencia extremista de las instituciones procesalistas, y particularmente en la creación de algunos frenos internos a ciertas instituciones. Recordemos así la existencia de los sistemas tipo tradicionales, el sistema acusatorio, y el sistema inquisitivo, ambos ubicados en lados opuestos y extremos y definitivamente infiltrados de defectos a la vez que de algunas virtudes que a bien fueron retomadas para dar origen hoy en día al llamado Sistema Mixto Moderno. Pues bien, ese extremo también se ha hecho visible en la evolución de los mismos llamados sistemas de apreciación y valoración de las pruebas, así podemos notar que a través de la historia donde inicialmente prevaleció el sistema de la libre apreciación de la prueba, secundariamente se vio variado e influido de las supersticiones, el mito, y la ignorancia, dando paso a las llamadas pruebas formales de las ordalías, combates judiciales y otras, para desembocar luego en la otra cara de la moneda, en un sistema formalista y abstracto donde las pruebas recogían su valor de los preceptos legales, de tal forma que la valoración de las pruebas se convertía en una simple ecuación matemática. Valga añadir que esta última forma de valoración de las pruebas se originó como una reacción contra el extremismo inquisitivo, viniendo a configurarse en la normativa del ilustre constitucionalista mencionado, como un sistema de frenos, pesos y contrapesos.

En síntesis, la historia procesal penal transcurrió cuatro periodos en la evolución de los sistemas de valoración probatoria.

El primero, el periodo étnico, ubicado en las sociedades primitivas y caracterizado por la apreciación personal de los ofendidos, es decir, la prueba se subsumía a su apreciación.

El segundo, el periodo religioso, llamado así por la existencia de los "Juicios de Dios" y particularmente por la superstición reinante debido a las invasiones bárbaras.

Se caracterizó por la aparición de una serie de actos formales que a bien tenían determinar la inocencia o culpabilidad del perdedor o ganador respectivamente a través del lema "La Divinidad protege al Inocente".

El tercero, el periodo legal, denominado así por la existencia del sistema de la prueba legal, y que consistió en que tanto la ley disponía cuáles eran medios de prueba, como cuál era su valor, es decir el grado de fuerza de cada uno; y

El cuarto es el conocido como el periodo de la libre apreciación según el cual el juez valora la prueba de acuerdo con su íntima convicción.

Hoy en día estos periodos han gozado de una gran valoración histórica al punto de que han recibido de acuerdo con la doctrina diferentes denominaciones, pero con un denominador común de contenido; de tal forma que si prescindimos del periodo étnico, así como de las ordalías, escribe el profesor Vélez Mariconde "que sólo tienen valor histórico y nos limitamos a los sistemas que las leyes procesales establecen en la actualidad, procurando superar discrepancias puramente terminológicas, podemos admitir que ellos son tres:

1. El de íntima convicción,
2. El de prueba legal, y
3. El de libre convicción o Sana Crítica Racional"[30*]

30. Ibídem, pág. 353.

* Ver discusión sobre este tema en el capítulo de la sana crítica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ÍNTIMA CONVICCIÓN.

Es también llamada de libre convicción en la concepción americana de la misma, así encontramos que Couture la define como "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el Magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos, y aun contra la prueba de autos".[31]

Es decir que la íntima convicción no tiene en ningún momento por qué apoyarse en hechos probables, de forma que implica por un lado la inexistencia de toda norma legal que pueda brindar valor a un determinado elemento de prueba, y por otro lado la inexistencia de cualquier obligación tendiente a explicar las razones que a bien tengan influir el juicio del Magistrado, por lo que en realidad se encuentra caracterizada por la "irresponsabilidad del juez" y por la no sujeción de la conciencia al dogma.[32] En síntesis, actualmente es de muy difícil transcendencia encontrar un sistema de orden jurídico-romano en donde se permita la libertad en conciencia para resolver la existencia o no de un delito aun contra la prueba, o bien sin ella, y además por otra parte "nadie duda que la motivación de la sentencia constituye en el derecho moderno, una garantía de inapreciable valor para la colectividad y el acusado, una garantía de rectitud, imparcialidad y justicia".[33] Recordamos así también las palabras de Giandomenico Romagnosi cuando expresaba "¡Cuán deseable es para el orden social aquel acuerdo que se produce cuando el reo en el momento de recibir la pena, se dice a sí mismo, Me la merezco, y el espectador declara: Cuán Justa es. . .!"[34]

PRUEBA LEGAL.

El profesor Cabanellas ha escrito que la prueba legal es "la conforme con cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes adjetivas. Aquella cuya eficacia o resultado se halla establecido en la ley; así en las presunciones Juris et de Jure."[35] De forma que son pruebas legales aquellas a las que la ley les da valor y eficacia, es decir, les determina el grado de su validez y fuerza probatoria, es en realidad un sistema aritmético, basta pues la comprobación que haga el juez de la existencia legal de un elemento de prueba para valorarlo de acuerdo con su valor legislado. Así un ejemplo de él puede ser el que dice "Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, porque vieron más y pasaron más las cosas; o bien, el rico debe ser más creído que el pobre, pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa".[36]

En síntesis se entiende por pruebas legales, "en el lenguaje procesal común, aquellas pruebas cuya eficacia ha sido determinada en forma expresa por un precepto legal sin posibilidad de apartamiento de tal criterio".[37]

De tal forma que para las pruebas legales la ley es suficiente, es decir que es su fuente de vida, así como para los seres humanos su corazón.

No obstante dado que este sistema implica un sistema probatorio tarificado, ya que establece en esencia una tarifa a la prueba, es decir se rige por la fórmula "vale tanto"* fue un sistema que a pesar de haber sido introducido al proceso penal por obra de la Iglesia y por ende adaptado al proceso inquisitivo, se estableció como un freno a los ilimitados poderes del juez inquisidor, que prácticamente ejercía un dominio absoluto que frecuentemente degeneraba en la arbitrariedad y mancillación latente del ser humano. Así el profe-

---

31. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* tercera, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 273.

32. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., pág. 354.

33. Ibídem.

** Íntima Convicción: El juez falla en conciencia. El legislador deposita toda su confianza en el juzgador.

34. ROMAGNOSI, Giandomenico, *Génesis del Derecho Penal,* traducción de Carmelo González C. Temis Ltda., Bogotá, 1956, pág. 3.

35. CABANELLAS, op. cit., t. VI, pág. 302.

36. COUTURE, *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*, op. cit. pág. 269.

37. COUTURE, *Estudio de Derecho Procesal Civil,* tercera, Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 84.

* Así Florian expresó "que se estableció una tarifa legal de las pruebas en el sistema de la prueba legal". Florian, *"Elementos de Derecho Procesal Penal"*, op. cit., pág. 332.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sor Rubianes citando a Florian, ha expresado que el método de las pruebas legales, "antes que una coerción de la conciencia del juez, se interpretó como una eficaz defensa del acusado frente al juez."[38] De forma que aunque sea un sistema actualmente repudiado por varios procesalistas, sino por todos, fue en su momento histórico una revolución contra la depravación y la degeneración que mostró la Inquisición, generalmente sinónima de arbitrariedad y violación de la integridad humana.

¿Cómo funciona la prueba legal?

La ley actúa desde dos perspectivas como sistemas de valoración probatoria:

1. De un modo positivo "prescribe que verificándose ciertos presupuestos, por ella misma indicados, un hecho debe ser considerado como verdadero por el juez, aunque de ello no esté convencido; y lo hace.

2. De un modo negativo cuando prohíbe al juez que considere un hecho como verdadero, si no se verifica un cierto mínimo de pruebas, que ella misma establece."[39]

Así tenemos que el artículo 198 del Código Procesal Penal constituye un artículo que se rige por un sistema de prueba legal en lo referente al estado civil de las personas; y por otra parte encontramos en los artículos 97 y ss., del mismo código referentes a las actas, una serie de reglas que han de observarse a la hora de realizar las actas, ya que si no se observan sus formalidades, dichas actas serán nulas, por lo que en consecuencia podemos advertir en éstas una manifestación de la prueba legal en sentido negativo.

De forma tal que modernamente a pesar de ser los sistemas procesalistas penales en su mayoría, tanto de contenido como de corriente doctrinaria, inspirados en el sistema de la sana crítica se mantienen a pesar de ello algunas normas jurídicas que se rigen por el sistema de la prueba legal; sin embargo, hoy en día el sistema legalista ya no yace implantado por el origen que le dio vida, fuera el de controlar el poder del juez inquisidor dándole a algunos medios de prueba, valor por sí mismos, sino que aparece como un sistema tendiente a que no se desvirtúe la averiguación de la verdad real, ya sea en un caso concreto evitando que la alteración y no observación de los requisitos del acta de decomiso, puedan hacer posible que la misma se tenga como prueba válida, con lo cual se desvirtuaría el descubrimiento de la verdad histórica.

SANA CRÍTICA.

El profesor Vélez Mariconde se refiere a este sistema como "libre convicción o Sana Crítica Racional" es decir que en su concepto ambas fórmulas gozan del mismo significado. Ello sin embargo le ha traído al profesor argentino gran cantidad de críticas las cuales en pocas palabras se resumen a que la libre convicción jamás puede asemejarse a la sana crítica, puesto que por un lado la sana crítica ha nacido como un sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción y por otro lado porque dentro de la sana crítica resulta muy difícil, sino imposible, y de acuerdo con sus lineamientos, que el juez utilice un razonamiento que en ningún momento yace vinculado a la prueba que pueda ser producida y asumida en el proceso.

Sin embargo, esas críticas por más fundadas y certeras que nos parezcan, resultarían inadecuadas o bien que caerían por su propio peso si versaran sobre dos cosas diferentes, es decir, que recayesen sobre algo distinto a lo que se pretende criticar; y efectivamente así parece que lo es.

Las concepciones que el profesor Vélez Mariconde tiene sobre la libre convicción como sistema de valoración de la prueba, es distinta a la que poseen sus críticos, en especial la del profesor Couture, el cual parece haberlo notado cuando categóricamente ha afirmado que "la doctrina europea acostumbra llamar libre convicción a un método especial de análisis de la prueba que no coincide con el que aquí se denomina de tal manera. Es más bien una cuestión de exactitud en el léxico que de conceptos fundamentales".[40] De tal forma que la libre convicción para el profesor argentino es en realidad una libertad de apreciación no arbitraria, sino amplia para admitir

38. RUBIANES, op. cit., pág. 245.

39. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., pág. 358.

40. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* op. cit., pág. 274.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

toda prueba estimada útil para la averiguación de la verdad real, y sobre todo para apreciarla conforme a ciertas normas lógicas y empíricas, y ello a su vez es el concepto que del llamado sistema del libre convencimiento tienen los europeos, en especial el profesor Florian, Giovanni Leone, Calamandrei y otros.

Por su parte el profesor Couture se ha manifestado en cuanto al pensamiento americano, diciendo "pero en nuestros países el concepto de libre convicción debe reservarse para expresarse conforme con su verdadero sentido, una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo, prueba hallada fuera de autos, saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar etc.)."[41]

De manera que lo que en realidad ha hecho el profesor argentino es ampliar la visión del sistema de libre convencimiento en la concepción europea del mismo, al patentar expresamente la existencia de las reglas de la sana crítica, concepto ajeno a la concepción europea, pero que ya se encontraba inmerso en la misma, precisamente por hacerse alusión en ella a la valoración probatoria racional, crítica y lógica del Magistrado, elementos estos que hoy en día han venido a configurar las reglas de la sana crítica, de allí que el profesor Vélez Mariconde se refiera a la sana crítica como reglas o elementos idóneos para valorar las pruebas y no se refiere a ella como a un sistema, como sí lo hace el profesor Couture.

No obstante le es criticable al profesor argentino el que utilice el vocablo "racional" para configurar con él la frase "sana crítica racional" ya que el término en cuestión es intrínseco a la misma concepción de sana crítica, es decir que para valorar la prueba de acuerdo a la sana crítica, se requiere de un convencimiento racional lógico y motivado.

En síntesis, cuando el profesor Vélez Mariconde se ha referido a la libre convicción o sana crítica indistintamente es porque para él, libre convencimiento, significa admitir toda aquella prueba que pueda ser útil a la averiguación de la verdad, y que deberá ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica para llegar en un momento posterior a un convencimiento motivado, lógico y racional de la existencia de un elemento de prueba que a bien tenga atribuir la imputación de un hecho delictivo, es decir que el juzgador es libre para aceptar y convencerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica de la veracidad de un elemento de prueba que atribuya la imputación delictiva.

De forma tal que dentro de esta perspectiva las críticas numerosas ante la indistinción del profesor Vélez Mariconde para referirse a libre convicción y sana crítica han resultado no aptas para producir efectos por cuanto se trata de vocabularios distintos, es decir de un conflicto lingüístico-jurídico intercontinental.

Por otra parte y desde nuestra perspectiva hemos preferido hablar de sana crítica y no de "libre convicción o sana crítica", nuestras razones son las siguientes.

La sana crítica ha nacido al mundo jurídico como un sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción, de tal forma que su integridad yace despojada del formalismo y rigidez de la prueba legal, a la vez que despojada de la excesiva incertidumbre de la libre convicción, así aparece como un sistema que a su vez posee características propias que le vienen dadas como rechazo a los sistemas dentro de los cuales se formó.

Así la sana crítica es un sistema que admite libremente por un lado, toda aquella prueba que sea susceptible y útil para lograr la averiguación de la verdad (ello le viene dado a la sana crítica como una consecuencia del rechazo que ha hecho a la rigidez y formalismo de la prueba legal), y por otro lado debe valorar racionalmente toda esa prueba útil a la averiguación de la verdad de acuerdo con las reglas de la lógica, experiencia y psicología, o por decirlo en una palabra de acuerdo con las reglas de la sana crítica, (consecuencia esta que le viene dada debido al rechazo que ha hecho de la incertidumbre de la libre convicción).

De tal forma que referirse a libre convicción (entendida como ha quedado en páginas precedentes y no de acuerdo con el criterio puro y real como lo menciona Couture) o sana crítica como lo hace el profesor Vélez Mariconde sería en realidad redundar al respecto ya que como hemos dicho el sistema de la libre convicción en la concepción europea consistió precisamente en una reacción contra el formalismo y rigidez de la prueba legal, por lo

41. Ibídem, pág. 275.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que en realidad dicho sistema (libre convicción) lo que pretendía era la adquisición libre de toda aquella prueba que pudiera conducir a la verdad real, es decir, lograr la libertad de admitir toda clase de prueba que fuera útil para arribar a la verdad histórica, de tal forma que actualmente ese motivo devendría sobrante al momento de equiparar libre convicción (concepción europea) con sana crítica, ya que la sana crítica contiene en sus lineamientos la libertad de admitir toda aquella prueba que pueda ser útil al descubrimiento de la verdad histórica, y lo tiene porque ha sido un sistema que ha nacido a la vida jurídica como intermedio entre la prueba legal y la libre convicción, totalmente despojado de los lineamientos que pudieron haber inspirado a estos dos últimos sistemas.

De manera que si la libre convicción consistía básicamente (en la concepción europea) en la libertad de admitir toda prueba útil al esclarecimiento de la verdad y la sana crítica contiene esa libertad en sus lineamientos de sistema por haber nacido como un sistema intermedio, entonces resultaría que estamos hablando del mismo color pero con distinto nombre.

Así las cosas en nuestra visión hemos preferido referirnos únicamente a la sana crítica como tal, y no como figura afín a la libre convicción (concepción europea).

En resumen y a manera de observación el profesor argentino debería haberse referido al sistema en cuestión, como un sistema de libre convicción (concepción europea) sujeto a las reglas de la sana crítica; como lo hace en buena lid el profesor Cabanellas al referirse a la libre convicción como un sistema sujeto a las reglas de la sana crítica; pero no debería asemejar el profesor Vélez sana crítica a libre convicción (europea) porque en realidad sería redundar sobre el asunto (aunque la sana crítica es un sistema más avanzado dentro del mismo orden de ideas) o sea que la sana crítica es la perfección del sistema de libre convicción (europea).

El profesor Vélez Mariconde lo que en realidad hace es agregarle en forma expresa y más detallada a la libre convicción (europea) las reglas de la sana crítica que en una forma muy sutil ya venían inmersas en la concepción de la libre convicción europea.*

LINEAMIENTOS DE LA SANA CRÍTICA.

Pues bien, habiendo realizado algunas breves consideraciones sobre el particular es necesario iniciar un desarrollo corto, por razones de espacio, de lo que es la sana crítica de sus reglas y contenido así como de alguna aplicación de la misma en el universo jurídico.

Lo primero que hay que cuestionarse es ¿qué es la sana crítica? El profesor Couture ha establecido que "este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última. . .".[42] Así dentro del mismo orden de ideas el profesor Olman Arguedas ha propuesto en su redacción al Proyecto de Código Procesal Civil que se establezca "COMO NORMA GENERAL la sana crítica como la forma de valorar la prueba, sistema que es intermedio entre los de prueba legal o tasada y de libre convicción del juez".[43]

De forma tal que es un sistema que ha nacido en forma independiente y como intermedio a la vez que con lineamientos propios dentro de los sistemas mencionados. Pero en realidad ¿qué es sana crítica? conviene pues desmembrar la frase en dos vocablos, sana y crítica.

El primero nos da una idea de salud, saludable, puro, pureza, purificado, al respecto la Real Academia de la Lengua Española se ha pronunciado en cuanto al vocablo diciendo que consiste "en restituir la salud perdida,. . . que puede ser sanado o curado, que puede adquirir sanidad o salud,. . . a la vez que dícese de sanamente, con sinceridad, sanidad, sin malicia".[44]

Por su parte también se ha referido a la pureza como a algo exento de mezcla, claro, y sin

---

* Así se desprende de las exposiciones que hacen al respecto Florian, Leone, Calamandrei, De Marsico, Roberti y otros.

42. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 270.

43. ARGUEDAS SALAZAR, Olman, *Proyecto Código Procesal Civil*, Colegio de Abogados, San José, 1983, pág. 169.

44. *Diccionario Manual Sopena*, Edit. Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1958, pág. 1881.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rodeos, condición, excepción o restricción. En lo concerniente a la crítica ha escrito "arte de juzgar de las cualidades de las cosas. . . conjunto de opiniones vertidas sobre cualquier asunto. . . dícese de criticar, juzgar de las cosas con sujeción a los principios científicos o a las reglas del arte. . .".[45]

De forma que así a grosso modo podemos decir que la sana crítica es el arte de juzgar de acuerdo con la pureza. De juzgar ya sea a través de los principios científicos o artísticos, el arte de las cosas, para así extraer de ellas su sanidad, salud y pureza, es decir, sin malicias, condiciones o restricciones, o en una palabra, sinceramente.

De manera que la sana crítica es el arte de lograr la pureza a través de las reglas de la crítica, es decir, a través del razonamiento sincero y claro, exento de mezclas y ambigüedades, al contrario, impregnado de intelecto y salud.

Así desde una perspectiva patria el profesor Arguedas ha expresado al respecto, "debe entenderse que el sistema general de sana crítica adoptado para valorar la prueba exige del juez que éste en todo caso haga la valoración razonada y crítica de los medios de prueba".[46] De tal forma que así a través de la expresión del profesor Arguedas, sea en concreto la exigencia de una valoración razonada y crítica con respecto a los medios de prueba, es que nos trasladamos de lo general a lo específico, es decir al contenido mismo de la sana crítica como sistema de valoración probatorio, del cual escribe el profesor Vélez, "consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos (como las relativas al cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio) y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común".[47] Así encontramos pues que el contenido mismo y vivo de la sana crítica lo constituyen todas aquellas reglas del "correcto entendimiento humano",[48] lógicas, empíricas, psicológicas, racionales y demás y que son contingentes y variables en relación con la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.[49]

Son así las reglas de la sana crítica una serie de instrumentos que a bien tienen trazar las pautas y lineamientos que han de impulsar al juez en el descubrimiento de la verdad histórica, son instrumentos que se pintan con diferente color y medida para que encajen en las diferentes formas de expresión del correcto entendimiento humano, todos bajo un denominador común, la apreciación crítica y sana de todos aquellos elementos de prueba que han sido admitidos en forma libre al proceso por considerarse útiles a la averiguación de la verdad. Son reglas que funcionan sin excesivas abstracciones, implican a su vez el uso de operaciones lógicas que a bien tengan entremezclarse entre la realidad de las cosas para extraer de aquella ecuación, un resultado que sea obra del intelecto y de la lógica, y que a la vez sea susceptible de producir en el Magistrado un convencimiento racional y motivado de la existencia de un hecho delictuoso a través de la valoración probatoria.

Así las cosas, la apreciación y valoración de la prueba a través de la sana crítica no es más que la obra del intelecto y la razón, donde la lógica y la pureza se imponen como luz en la obscuridad de la verdad histórica.

Más hacia la realidad nuestro Código Procesal Penal ha mencionado y previsto en su artículo 400 inciso 4 la nulidad de la sentencia en aquellos casos en que fuese dictada fuera de la observación de las reglas de la sana crítica. Asimismo ello da lugar a que aunque la ley "No establezca expresamente que el juez debe evaluar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica racional, la necesidad de observarlas resulta impuesta implícitamente cuando se le exige que fundamente los autos y las sentencias: si motivar significa como es obvio, expresar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada, y no tan

45. Ibídem, pág. 640.

46. ARGUEDAS, Olman, loc. cit.

47. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., págs. 361-362.

48. COUTURE FUND. *Der. Proc. Civil*, loc. cit.

49. COUTURE, *"Estudios Der. Proc. Civil*, t. II, op. cit., pág. 195.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

solo afirmar el resultado de la operación lógica, después de un mero resumen descriptivo de las probanzas, la imposición del camino lógico es evidente".[50]

*De esta manera pues la aplicación práctica de la sana crítica es una realidad, una existencia que no solo es obligatoria por disposición legal, sino porque también así le ha dado vida la jurisprudencia de los tribunales costarricenses. Así hemos de poder mencionar los de la Sala de Casación Nº 123, II semestre 1967, II tomo; la Nº 104 de II semestre 1965, III Tomo y entre otras la de la Sala Segunda Penal Nº 5-F de las once horas del 26 de enero de 1976, las cuales en su esencia hacen mención tanto al valor como a la necesidad de las reglas de la sana crítica en la valoración de los elementos de prueba.

Así pues y en síntesis las reglas de la sana crítica significaron romper con muchísimos años de prueba aritmética, significó una evolución enorme esa desvinculación conyugal del hecho con la ley, para gracias a ello, hoy en día las pruebas admitidas libremente en el proceso, sean valoradas crítica y sanamente en pro de la verdad real, ya dijo el profesor Couture "la labor intelectual del juez está más próxima a la del historiador y a la del crítico que a la del lógico formal".[51]

Sin embargo, recordemos que el régimen de la Sana Crítica, que por hoy constituye el más progresivo sistema probatorio, tiene en su propia perfección su enemigo mismo, porque es como esos mecanismos delicados, que solo a manos expertas se pueden confiar.

CONCLUSIÓN.

Es poco lo que en realidad es susceptible de concluirse ya que cada tema abordado ha sido delineado y sintetizado al final de su respectiva exposición, sin embargo, ello no obsta para que extraigamos algunas breves consideraciones.

1. Es a través del interés público estatal de averiguar la verdad que se llega a dar origen al principio de la verdad real que a bien tiene donar su asiento, y construir sobre sí, todo un sistema probatorio cuyo fin inmediato depende de la esencia misma del proceso penal, el descubrimiento de la verdad histórica.

2. Por su lado la actividad probatoria se manifiesta en el proceso penal a través de los tres momentos conocidos como la producción, recepción y valoración y que en conjunto encausan, filtran y estiman la prueba, en una frase conjugan los elementos probatorios en pro de la verdad real, extrayendo así el producto de su esencia.

3. Tres, también aparte de otros son los mecanismos que a lo largo de la evolución procesal penal han existido para valorar la prueba producida y recibida en el proceso; el de íntima convicción o libre convicción en la doctrina americana, y cuyo valor yace en la conciencia; el de las pruebas legales cuya alma y espíritu descansa en la ley, y el de la sana crítica donde el correcto entendimiento humano de lo real, es sometido al raciocinio y lógica del intelecto.

50. VÉLEZ MARICONDE, op. cit., págs. 363-364.

* Así lo apoya definitivamente el artículo 105 junto con el 106 de la normativa procesal penal costarricense al igual que el profesor Ricardo Núñez al comentar la disposición del artículo 130 del Código Procesal de Córdoba.

51. COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 186.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* segunda, Ediar S.A., Buenos Aires, 1961, tomo III.

ARGUEDAS, Olman. *Proyecto Código Procesal Civil,* Colegio de Abogados, San José, 1983.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. *Derecho Romano,* decimocuarta, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, tomo II.

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales,* traducción de Manuel Ossorio Florit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, tomo I.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,* decimoctava edición, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981, 8 tomos.

CARNELLUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal,* traducción de Santiago Santís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores, Buenos Aires, 1950, Vol. I, 339 págs.

CASTILLO, Enrique. *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José, 1977.

CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Procesal Penal,* Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil,* tercera, Depalma, Buenos Aires, 1979, tomo II. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* tercera, Depalma, Buenos Aires, 1978.

Diccionario Enciclopédico Manual Sopena. Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1958.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal,* traducción de L. Prieto-Castro. Segunda, Bosch, Barcelona, 1934.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales,* traducción de Jorge Guerrero, tercera, Temis Ltda. Bogotá, 1982, tomo I.

GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal,* cuarta, Lima, 1974.

LEONE, Geovanne. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, tomo II.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Europa-América, Buenos Aires, 1951, I tomo.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal,* segunda, Lerner, Buenos Aires, 1968, II tomo.

PICADO SOTELA, Sonia. *Pruebas legales y libre apreciación,* Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1970.

NÚÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba,* Anotado, Lerner, Buenos Aires, 1978.

PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Penal,* Tecnos S.A., Madrid, 1976, MUE V.

RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal,* tercera, reimpresión. De Palma, Buenos Aires, 1980, tomo II.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Génesis del Derecho Penal,* traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero, Temis Ltda., Bogotá, 1956.

SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús, y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio, *Compendio de derechos Procesal Civil y Penal.* Santillana S.A., Madrid, 1966, tomo II, vols. I y II.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, tomo I.

VICENZI, Atilio, *Código de Procedimientos Civiles,* segunda, Lehmann S.A., San José, 1978.

**Sala de Casación Nº 123, del II semestre 1967, tomo II.

**Sala de Casación Nº 104, del II semestre 1965, tomo III.

**Sala Segunda Penal Nº 5-F de las once horas del 26 de enero de 1976.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL PENAL

DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ

SUMARIO

Pág.

I. **Introducción** 70

II. **La acción penal en la doctrina** 70
a) La acción como derecho 70
b) La acción como actividad 71

III. **La acción en el Código de Procedimientos Penales de 1973** 72

IV. **La acción penal y el inicio del proceso** 75
a) El momento de la promoción de la acción 75
b) El momento inicial del proceso 76
c) La relación entre la promoción de la acción y el inicio del proceso 79

V. **A modo de conclusión** 80

VI. **Bibliografía** 81

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

Acción, jurisdicción y proceso constituyen una trilogía cuyo conocimiento es indispensable para quienes, en esa vivencia que constituye el juzgamiento penal, deben interpretar el ordenamiento jurídico desde diversas posiciones.

En esa perspectiva, nuestra pretensión está dirigida a señalar algunas ideas en torno al concepto "acción", en busca de su significado según nuestro Código de Procedimientos Penales, en tanto ello implica la comprensión de la naturaleza de la actividad requirente del Ministerio Público y facilita la labor del intérprete al momento de aplicar las disposiciones relativas al proceso penal.

Mucho se ha escrito en doctrina sobre el concepto de acción, en lo que sobresalen los estudios civilistas.[1] La concepción civil se desarrolla primero y en forma más amplia, por lo que sirve de plataforma a la doctrina penal para fijar algunas premisas básicas en el estudio de la *acción penal*, sin embargo entre una y otra existen importantes diferencias, de ahí que conviene realizar un estudio particular de cada una.[2]

Formular aquí una clasificación de las teorías que sobre la acción penal se han desarrollado, nos desviaría de nuestro objetivo. Es necesario, sin embargo, hacer una breve referencia a dos de las posiciones de la doctrina penal, porque en el fondo ello puede aclarar el camino, y nos va a permitir apreciar cómo este problema no puede ser afrontado en otro campo que no sea en el marco de un concreto sistema normativo.

II. LA ACCIÓN PENAL EN LA DOCTRINA

a) La acción como derecho.

Una primera posición indaga sobre la *naturaleza abstracta y jurídica de la acción penal*, llevando a una acalorada discusión sobre su cualidad: unas veces es considerada "derecho subjetivo",[3] otras "derecho potestativo",[4] o bien "derecho subjetivo y potestativo" al mismo tiempo.[5]

Sobre esa discusión teórica se observa justamente que, "más allá de las elegantes argumentaciones, que deberían demostrar las diferencias y las ventajas de una fórmula respecto de las otras, resta un hecho para nada vanal: objetivamente, esas argumentaciones arriesgan dejar en sombras —o al menos de hipotecar con soluciones conceptualistas o mistificadoras— el problema más importante", esto es, agrega el autor, esclarecer cuál es el margen de disponibilidad que tiene el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.[6]

---

1. Sobre la génesis del concepto de acción, en general, véanse DÍAZ DE LEÓN, M.A. *Teoría de la acción penal*, Porrúa S.A., México, 1974, pp. 15 ss. y 123 ss.; GUARNERI, G. *Azione Penale*, Noviss. Digesto Ital., Torino, 1958, vol. II, pp. 64 ss.; ORESTANO, R.L. *L'azione in generale. Storia del problema*, Enciclop. del Diritto, Milano, 1959, vol. IV, pp. 785 ss.; PEKELIS, A. *Azione*, Nuovo Dig. It., Torino, 1937, vol. II, pp. 91 ss., ahora en Novissimo. . . 1958, vol. II, pp. 30 ss.; BRUGI, B. *Azione Storia*, Id., 1937, vol. II, pp. 108 ss.

2. Entre quienes resaltan la distinción, véanse LEONE, G. *Azione Penale*, en "Enciclop. del dir.", vol. IV, 1959, p. 851; SABATINI, G. *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*, en "Archivio Penale", Roma, 1962, I, p. 152; y FENECH NAVARRO, M. *El Proceso Penal*, AGESA, Madrid, 3ª Ed., 1978, pp. 285 s.s.

3. Así, ALIMENA, F. *Se l'azione penale possa concepirse come un'attività obbligatoria dello Stato*, en "Rivista Penale", Roma, 1928, Fasc. 6, p. 495; CARNELUTTI, F. *Principi del processo penale*, Morano Ed., Napoli, 1960, p. 65; VANNINI, O. y COCCIARDI, G. *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, Giuffrè, p. 28.

4. En tales términos FROSALI, R.A. *Sistema penale italiano*, UTET, Torino, 1958, vol. IV, p. 62.

5. Así LEONE, G. *Trattato di diritto processuale penale*, Jovane, Napoli, 1961, vol. I, pp. 102 ss., para quien la acción respecto del Juez es un derecho potestativo. Al derecho subjetivo corresponde la obligación de realizar la función jurisdiccional; al derecho potestativo corresponde la sujeción del imputado a las consecuencias producidas por el ejercicio de la acción.

6. En tal sentido, cfr. CHIAVARIO, M. *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, en "Riv. Trim. di diritto e proced. civile", Milano, 1975, n. 2, p. 876 s.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En realidad, cuando la acción es ejercida por el Ministerio Público, más que un *derecho* es un *deber,* constituye una *función* o una *actividad de carácter obligatorio,* en que el órgano actuante no asume nunca la titularidad de los intereses que se hacen valer con su ejercicio.[7]

Los intereses generales que constituyen el objetivo de la tutela penal, no atribuyen al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal como si se tratase de derechos subjetivos, sino como una función obligatoria e inderogable, ejercida en representación de una colectividad.

La concepción de la acción como derecho es la menos considerada por el Ordenamiento jurídico, como la evidencia Leone, pues el Ordenamiento coloca en un primer plano a la acción como actividad.[8] Esta es la segunda posición de la doctrina a la cual queremos referirnos.

b) La acción como actividad.

"Cuando en el Código de Procedimientos Penales se dispone la *promoción, inicio, ejercicio, suspensión, interrupción, cesación* de la acción penal, es evidente que la ley procesal se refiere a algo que no es simplemente un *derecho,* un *poder* o un *deber,* sino más bien a la actuación de eso: se refiere a la acción penal en cuanto *actividad*".[9]

Solo en referencia a ordenamientos concretos —según esta corriente— es posible tratar de la acción penal, para establecer a su vez, "cómo se realiza la actividad que da inicio al proceso, cómo esta actividad es desarrollada y disciplinada, cuáles son los sujetos que pueden ejercitarla, en qué medida ella continúa en el desarrollo del proceso, y cómo la acción sea determinante para la actividad del juez o bien si es regulada y dependiente . . . y así sucesivamente".[10]

Dentro de esta segunda concepción la doctrina no es uniforme sobre el concepto de acción penal. Una primera subcorriente la considera como acto único, sea como la manifestación de voluntad dirigida a investir al juez del conocimiento de la noticia de delito. Si bien ello puede ser cierto, es de notar que en esa orientación se hace referencia solo a uno de los dos momentos de su ejercicio, al de la promoción, olvidándose de la prosecución,[11] criterio que no es compartido por la doctrina prevaleciente, la cual considera que el ejercicio de la acción no se agota en un acto inicial, como veremos.

Otro aspecto que también se discute en doctrina sobre la acción-actividad, es determinar si esta es abstracta o concreta, en referencia a la pretensión punitiva del Estado. Para una primera posición, que llamaremos *sustancial,* la acción constituye una actividad del Ministerio Público dirigida a realizar la pretensión punitiva del Estado que deriva del delito.[12]

La actividad del Ministerio Público no tendría sentido —afirman quienes sostienen esta posición— si no se toma en cuenta el aspecto sustancial de la misma,[13] identificándose éste con la acusación.[14] Consecuentemente, la acción es una actividad del Ministerio Público inseparable de su contenido sustancial, dirigida al juez para obtener una específica y concreta decisión favorable a la pretensión punitiva del Estado. Será momento de inicio de la acción, entonces, el requerimiento de

---

7. Así, DÍAZ DE LEÓN, M.A. Teoría. . ., cit., p. 156 s.; SABATINI, G., *Vecchio e nuovo nella storia. . .* cit., p. 165 s.; SABATINI, G., *Il principio dell'obbligatorietà del processo penale,* en "La Scuola Penale Unitaria", Roma, 1929, pp. 85 ss. conforme también VÉLEZ MARICONDE, A. *Acción penal dependiente de instancia privada,* en "Estudios Procesales en memoria de Carlos Viada", Inst. Español de Derecho Procesal, Madrid, 1965, p. 371, nota 19.

8. LEONE, G. *Azione Penale,* cit., p. 858.

9. PETROCELLI, B. *Azione, istruzione, accusa,* en "Rivista Penale", Roma, 1931, II, p. 227, también en "Saggi di diritto Penale", Padova, 1952, pp. 573 ss.

10. En tales términos ORESTANO, R. *L'azione in generale. . .* cit., p. 821 s. También SATTA, S. *L'azione nel diritto positivo,* Enciclop. del Diritto, Milano, 1959, vol. IV, p. 822 ss.

11. Esta concepción parece seguirla Cordero, para quien "ejercitar la acción significa instaurar el proceso, y esta frase designa indiferentemente el acto que requiere la instrucción formal o inicia la instrucción sumaria, o postula el llamado juicio directísimo". CORDERO, F. *Procedura penale,* Giuffrè, Milano, 1979, 5ª Ed., p. 36.

12. En tales términos, MANZINI, V. *Trattato di diritto processuale penale,* UTET, Torino, 1967, vol. IV, n. 385.

13. SATTA, S. *L'azione nel diritto positivo,* cit., p. 824.

14. Al respecto, afirma Petrocelli, "la acusación ejercida por el Ministerio Público puede considerarse como la acción misma, desde el punto de vista de su contenido y de su finalidad". PETROCELLI, B. *Op. ult. cit.,* p. 242.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

instrucción, pero no la solicitud de desestimación; y de prosecución, el requerimiento de elevación a juicio, pero no la solicitud de prórroga extraordinaria o de sobreseimiento. El ejercicio de la acción penal es vinculado a la acusación, en cuanto la ley se refiere a ella no como una actividad vacía de contenido, sino llena de sustancia específica y concreta.

En contraposición a la corriente anterior, una segunda tesis considera la acción como una actividad *instrumental,* sin referirla a su contenido sustancial. Más exactamente, se afirma, la acción penal ejercida por el Ministerio Público busca la actuación de la ley penal mediante la decisión del juez, y "el Ministerio Público actúa por la aplicación de la ley ya sea cuando concluye por la condena o el envío a juicio, así como también por el sobreseimiento".[15] La acción penal, agregan, no se identifica con la acusación, esta última puede formularse mucho antes de que se ejercite la acción (como ocurre en la información sumaria); otras veces es el ejercicio de la acción lo que precede a la formulación de la acusación (con una solicitud de desestimación luego revocada).[16]

Según esta posición, entonces, la acción penal es ejercida tanto si el Ministerio Público requiere la instrucción o mantiene la acusación, cuanto si solicita la desestimación (archivo) de la *notitia criminis*[17] o pide la absolución o el sobreseimiento del imputado.[18]

Para esta corriente de pensamiento el concepto de acción debe limpiarse de cualquier referencia al aspecto de fondo, en cuanto la acción penal prescinde de ser solo una concreta y específica, demanda para agotarse en una solicitud de decisión, cualquiera que ella sea, sobre una noticia de delito.[19] En síntesis, se indica, "no puede aceptarse otra tesis que aquella que individualiza la acción penal en *la solicitud que hace el Ministerio Público para obtener una decisión del juez sobre una notitia criminis, es decir, sobre un hecho determinado correspondiente a una fattiespecie penal".*[20]

III. LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1973

Si quisiéramos recabar del ordenamiento el significado de la acción penal, efectivamente veremos que el mismo aparece en el cuadro del proceso como una *actividad* (considérense por ejemplo, los artículos 5, 6, 7, 187 y 339 del CPP); ahí se presenta como una actividad referida sobre todo al Ministerio Público (arts. 5 y 39 íd.), ya que *normalmente* es el sujeto llamado a ejercitarla (lo que no significa exclusividad, porque otros órganos públicos, e incluso los particulares, pueden en ciertos casos ejercerla).

En efecto, el Código dispone que las *funciones* del Ministerio Público son: a) *ejercitar la acción penal;* b) *practicar la información sumaria;*

15. Cfr. CARULLI, N. *L'arquiviazione,* Giuffrè, Milano, 1958, pp. 11 y 13.

16. En tal sentido, cfr. CONSO, G. *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano,* en "Riv. It. di dir. e proced. penale", Milano, 1958, p. 261, así como también, DEL MISMO, *Accusa e sistema accusatorio,* "Enciclop. del diritto", Milano, 1958, vol. I, p. 338. La Casación Italiana ha precisado que la acción penal no necesariamente contiene la imputación, pues esa puede promoverse también contra ignorados con el propósito de individualizar los presuntos responsables. Cass. Pen. Sez. 1ª, ud 5 nov. 1969, en "Archivio Penale", Roma, 1970, II, pp. 182 ss, con nota favorable de D'ARIENZO, R. *In tema di promovimento dell'azione Penale,* p. 185.

17. Conformes SABATINI, G. *Azione penale* (impromovibilità della), en "Novissimo Digesto It.", Torino, 1958, vol. II, p. 76; CARULLI, N. Op. loc. últ. cit.; GUARNERI, G. *Azione penale,* cit., p. 67; LEONE, G. *Considerazioni sull'archiviazione,* en "Riv. it. dir. pen." Milano, 1951, pp. 485 ss.

18. Conformes, además de los autores señalados en la cita anterior, VÉLEZ MARICONDE, A. *Acción penal dependiente de instancia privada,* cit. 370; CLARIÁ OLMEDO, J.A. *Tratado de derecho procesal penal,* Ediar S.A., Buenos Aires, 1964, vol. IV, p. 393 y ss.; y DOSI, E. *Sui limiti di forma e di tempo per il promovimento dell'azione penale,* en "Archivio Penale", Roma, 1952, II, p. 11.

19. LEONE, G. *Azione Penale,* cit. p. 851 s.

20. Ídem, p. 853.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c) *ejercitar la acción civil* cuando le sea delegado por su titular o cuando éste sea incapaz y no tenga representante (arts. 10 y 39 CPP). En la primera función entran todos aquellos específicos deberes atribuidos al Ministerio Público en el curso del proceso penal desarrollado ante el juez, los cuales constituyen el ejercicio de la acción en sus diversos momentos (promoción y prosecución) por medio de la actividad requirente.

Pero, no siempre la ley atribuye al término "acción penal" el mismo significado. Cuando los artículos 329, inciso 3º, y 320 inciso 4º del Código de Procedimientos Penales, así como los artículos 80, 82 y 83 del Código Penal, se refieren a la "prescripción de la acción penal", ciertamente no puede inferirse que se extingue una actividad, o mejor, no parece que con el término "acción penal" quiera indicar una actividad, pues luego de tales hipótesis subsiste todavía el deber de actuar en el proceso penal con el fin de establecer la existencia o no de la prescripción. En otros términos, si asumimos que está prescrita la "acción penal", el juez tiene todavía el deber de indagar y de *pronunciarse* sobre tal hipótesis, y el Ministerio Público debe también solicitarle esa decisión si éste no actúa antes de oficio; o bien el proceso podría continuar en la fase de impugnación (apelación) después que se declare prescrita la "acción penal", por medio de un recurso interpuesto por quienes tengan derecho a hacerlo (art. 337 ibídem). Como quiera que sea, operada la prescripción no podemos concluir que la actividad desarrollada por el Ministerio Público en el proceso se haya extinguido. En realidad en este caso el término "acción penal" es entendido como potestad punitiva del Estado, y lo que prescribe con el transcurso del tiempo no es la acción en cuanto tal, sino la pretensión punitiva, el delito.[21] Por ello se ha afirmado que la única verdadera causa de extinción de la acción penal es la sentencia irrevocable.[22]

Como *actividad instrumental* es concebida la acción en ciertas normas procesales (por ejemplo en los artículos 5 y 159 CPP), como confirmación de aquellas tesis ya expuestas, según las cuales debe depurarse de cualquier referencia sustancial, sea al aspecto de fondo. En efecto, tales normas no vinculan la actividad del Ministerio Público a una especial o concreta posición sustancial, por el contrario, refieren en forma abstracta que su función no puede suspenderse, interrumpirse, o hacerse cesar, salvo en los casos consentidos por la ley, y, además, que su actividad es obligatoria ante la jurisdicción, sin indicar cuál debe ser el contenido específico de esa actividad. La *ratio* de las normas se aprecia en esas consideraciones abstractas sobre la función del Ministerio Público, vacías de contenido sustancial (referencias al aspecto de fondo).

Más aún, la función requirente del Ministerio Público en el proceso penal es referida en otras normas como una concreta *actividad sustancial* (por ej. en los arts. 158, 339 inc. 2º, 376, 412 y 414 CPP), pero con una modificación bastante significativa respecto de la corriente sustancial de la doctrina: en el ordenamiento costarricense, la acción no viene identificada en forma exclusiva con la acusación.

En efecto, cuando al Ministerio Público llega una noticia de delito, según el sistema normativo, debe solicitar al juez la apertura de la instrucción formal si el rito corresponde, o la desestimación de la denuncia si es manifiestamente infundada o no se puede proceder (arts. 158, 159 y 169 íd.); y se le obliga a ejercer la acción penal (llevando la noticia de delito ante el juez y solicitándole una decisión), pero no se señala que necesariamente deba acusar (solicitando la instrucción). En el mismo sentido, el Ministerio Público es llamado a asumir una posición concreta y sustancial sobre su función requirente al finalizar la instrucción, pidiendo la elevación a juicio, si cree que la acusación debe mantenerse, o solicitando la prórroga extraordinaria o el sobreseimiento en favor del imputado (arts. 339 inc. 2º, 412 y 414 íd.). En estas normas encontramos referencias precisas al aspecto de fondo que se hace valer con la acción penal ejercida por el Ministerio Público.

En realidad el Ministerio Público asume siempre una concreta posición sustancial en el ejercicio de la acción. Para excitar al órgano jurisdiccional, el Ministerio Público no podría simplemente trasmitir la *notitia criminis* al juez, no solo porque la ley lo obliga a concretar su requerimiento (pidiendo la instrucción, la desestimación, la incompetencia, etc.) sino también porque es indispensable conocer su posición en el caso concreto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Lo mismo podría afirmarse para la prosecución del ejercicio de la acción, pues como actividad ella nunca es "neutra". En el sistema procesal costarricense, por lo general la decisión del juez no es vinculada a la solicitud del Ministerio Público,[23] pero de ello no es posible deducir que tal requerimiento sea vacío, y que no deba asumir una posición sustancial concreta en relación con la noticia de delito, ya se afirme que el hecho delictivo existe y el imputado es su autor responsable, o bien se indique que los hechos denunciados no son constitutivos de delito o el imputado no los ha realizado. Al respecto el artículo 39 del Código de Procedimientos Penales aclara cualquier duda, al disponer que "Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y *específicamente* sus requerimientos y conclusiones. . .", lo cual confirma que la actividad requirente debe ser específica, nunca sin contenido sustancial.[24]

De las disposiciones normativas antes citadas es posible deducir, por un lado, que la acción penal es *una* de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público en el proceso penal (las otras dos son el ejercicio de la acción civil y la práctica de la información sumaria); y por otro que dicha actividad puede ser dirigida a hacer valer tanto la pretensión punitiva del Estado (por medio de los requerimientos de instrucción, de citación directa, de elevación a juicio, etc.), cuanto a beneficiar la posición del imputado en referencia a dicha pretensión punitiva (solicitando el sobreseimiento, la prórroga extraordinaria, la absolución, etc.). En síntesis, nuestro ordenamiento procesal no hace otra cosa que referirse a la acción penal como actividad instrumental, en algunos casos, o como actividad sustancial en otros.[25]

Si la acción penal fuese dirigida siempre a obtener la condena del imputado, el Ministerio Público se vería obligado a solicitar tal decisión aun en aquellos casos en los cuales esté convencido de su inocencia, lo que no parece rimar con los fundamentos de esa institución, pues de un órgano de justicia pasaría a ser un acusador a ultranza, en contraste con principios elementales de la legislación costarricense. Por estas razones se ha afirmado que la acción se ejercita tanto si el órgano requirente pide el sobreseimiento o la absolutoria del imputado, cuanto si mantiene la acusación y solicita la condena, pues en el fondo, ambas posiciones son dirigidas a la aplicación de la ley penal, en la medida en que a esta última le interesa tanto que el culpable sea condenado, cuanto que el inocente sea absuelto.[26]

Además si buscamos una concepción legislativa de acción penal, es necesario indicar que dicha acción no es una actividad exclusiva del Ministerio Público. La puede ejercitar el ofendido en los procesos por delitos perseguibles con querella (llamados de acción privada, arts. 81 bis CP y 428 CPP); pueden ejercitarla los ciudadanos y el ofendido, conjuntamente con el Ministerio Público, en los procesos contra los miembros de los Supremos Poderes de la República y funcionarios equiparados (arts. 172 y 173 del CPP); puede *promoverla*, pero no proseguirla, la Policía Judicial, en la medida en que se autoriza iniciar la instrucción formal con la sola presentación de la información policial, excitándose de esa forma al órgano jurisdiccional (arts. 166 y 187 del CPP); puede ejercitarla la Procuraduría General de la República, en los casos previstos por el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales; y, por último, pueden

---

23. Los requerimientos y conclusiones del Ministerio Público en el proceso penal no vinculan por lo general la decisión del juez, en cuanto este último puede normalmente rechazarlos. No obstante, por excepción el Ministerio Público vincula la decisión del juez con la solicitud de sobreseimiento y de prórroga extraordinaria formuladas al finalizar la información sumaria (art. 414 CPP); también lo hace con la solicitud de sobreseimiento formulada durante la instrucción formal, porque si el juez no está conforme, el criterio definitivo lo expresa un miembro del Ministerio Público (art. 347 íd.); y en este último sentido, lo vincula con la solicitud de desestimación (art. 158, párr. 2º).

24. Los requerimientos y conclusiones del Ministerio Público en el proceso penal deben ser motivados, y con excepción del debate donde procede oralmente, asumen la forma de la escritura (art. 39, párr. 2º). En otros casos, también, el ordenamiento establece formalidades precisas. Por ejemplo, para el requerimiento de instrucción formal (indicadas en el artículo 170 íd.); o para el requerimiento de elevación a juicio (arts. 341 y 412 CPP).

25. Este doble aspecto es puesto en evidencia por VÉLEZ MARICONDE, cuando define la función requirente del Ministerio Público: "La función requirente (bajo el aspecto objetivo) consiste en la *actividad de excitar el ejercicio de la función jurisdiccional, solicitando al tribunal la decisión justa sobre el fundamento de una determinada pretensión jurídico penal*", mientras que, agrega el autor, "bajo el aspecto sustancial, si reparamos en el fin último de la función judicial, la requirente también procura mantener y actuar el orden jurídico", lo que no implica necesariamente solicitar la condena del imputado. Cfr. VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 2ª Ed., 1969, vol. II, p. 296; así como DEL MISMO, *Acción Penal. . .*, cit., p. 370.

26. Véanse autores citados en notas 17 y 18, quienes concuerdan en reconocer este doble perfil a la acción penal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ejercitarla los ciudadanos y cualquier autoridad pública en el proceso sumarísimo establecido para las contravenciones (art. 423 del CPP).[27]

Salvo en el proceso para las contravenciones y en el proceso por delitos perseguibles con querella —en los cuales el Ministerio Público no interviene—, respecto de las demás hipótesis, el Ministerio Público aparece como el sujeto que *por lo general* ejercita la acción penal, pues solo excepcionalmente es sustituido o auxiliado por otro.

Entonces, según la legislación procesal penal costarricense, la acción penal "pública" (para distinguirla de la acción penal ejercida en forma exclusiva por particulares) sería la actividad *normalmente* —no siempre— desarrollada por el Ministerio Público en el proceso jurisdiccional, para obtener del juez una decisión sobre una noticia de delito en busca de la aplicación de la ley penal, por medio de un requerimiento o solicitud de específico y motivado contenido, el que *por lo general* (no siempre) no vincula al juez respecto del punto por decidir, y no se agota *necesariamente* (puede que sí) en una acusación. En síntesis, y visto desde otro ángulo, el Ministerio Público no tiene exclusividad en el ejercicio de la acción penal pública; la acción asume una forma sustancial y motivada pero no se identifica siempre con la acusación; no en todos los casos el juez es libre de decidir sobre lo que pide el Ministerio Público; y por otra parte existen otras funciones desarrolladas por el Ministerio Público en el proceso penal que la legislación no confunde con el ejercicio de la acción (o sea el ejercicio de la acción civil y la práctica de la información sumaria).

IV. LA ACCIÓN PENAL Y EL INICIO DEL PROCESO

a) El momento de la promoción de la acción.

La acción penal es una actividad (o complejo de actividades) ejercida normalmente por el Ministerio Público (y por otros sujetos). Se prolonga durante el proceso siguiéndolo hasta la sentencia irrevocable, con el fin de obtener del juez una decisión sobre el hecho atribuido al imputado. Si la actividad es orientada hacia la jurisdicción, la promoción se perfecciona con el primer contacto que exista entre el órgano requirente y el órgano jurisdiccional, cuando dicho contacto tenga por objeto solicitarle al juez que se pronuncie sobre la noticia de delito.[28] "La acción penal —afirma Manzini— presupone una actividad que se desarrolla ante el juez. Antes de que el juez sea investido de la instrucción o de la cognición del proceso, no se tiene propiamente acción penal";[29] y se agrega: "no existe, entonces, jurisdicción sin acción, ni acción sin jurisdicción *(nulla jurisdictio sine actione; nulla actio sine jurisdictione)*. . . porque sin el impulso del Ministerio Público el poder jurisdiccional no puede actuar de propia iniciativa *(ne procedat judex ex officio)*".[30]

Identificado el momento de la *promoción* de la acción penal con el primer contacto entre el órgano judicante y el requirente, ello no significa que toda la actividad procesal que precede ese momento promocional esté privada de garantías, y que no pueda vinculársele en algún sentido con el ejercicio de la acción penal. Ha sido precisamente esta

27. Más exactamente podría afirmarse que se trata de un caso de inicio oficioso del procedimiento por parte del tribunal, quien procede con solo instaurarse la denuncia o aun sin ella. La diversidad y la especialidad de este procedimiento encuentra una base histórica en el sistema costarricense. Por mucho tiempo las contravenciones fueron de competencia de las autoridades de policía administrativa, con base en un código especial llamado precisamente "Código de Policía". Hoy no se mantiene un cuerpo legal distinto al Código Penal, pero permanece un procedimiento sumarísimo y especial que no prevé muchos de los institutos y garantías del proceso penal ordinario.

28. Es posible que durante la información sumaria, antes que el Ministerio Público ejerza la acción penal, éste le solicite al juez que practique algunos actos instructorios irreproductibles (arts. 191, 192 y 405 CPP). Dichas solicitudes, no teniendo la virtud de excitar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie sobre la noticia de delito, no pueden calificarse como una forma anticipada de promoción de la acción penal.

29. MANZINI, V. *Istituzioni di diritto processuale penal*, CEDAM, Padova, 2ª Reimp. de la 12ª Ed., 1967, pp. 210 ss.

30. PISAPIA, G.D. *Compendio di Procedura Penale*, CEDAM, Padova, 1979, 2ª Ed., p. 135. "No hay duda —observa Satta— que sólo porque existe el juez existe la acción, y la acción sin el juez no puede concebirse, por la simple razón de que sin juez falta la misma juridicidad del sistema". SATTA, S. *L'azione nel diritto positivo*, cit., p. 823.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

necesidad, la razón por la que un sector de la doctrina considera *promovida* la acción penal también cuando se inicia la información sumaria del Agente Fiscal.[31] Solo así, agregan estos autores, podría aplicarse a la información sumaria el principio de la obligatoriedad de la acción, con todas sus implicaciones. No obstante esas afirmaciones, no considerar promovida la acción penal en la información sumaria tampoco contradice el principio de la obligatoriedad, pues el Ministerio Público tendrá siempre el deber de llevar ante el juez el conocimiento de la *notitia criminis* (excitándose así el órgano jurisdiccional) por medio de un concreto requerimiento (de citación directa, de sobreseimiento, de prórroga extraordinaria), sin poder basarse en criterios de mera oportunidad o arbitrarios.

Además, la legislación costarricense distingue, como dijimos antes, la función del Ministerio Público desarrollada en la información sumaria, del ejercicio de la acción penal (art. 39 del CPP). Por consiguiente, no es necesario dilatar los conceptos para poder atribuirle ciertas garantías a esa información.

En la información sumaria —se observa justamente— cuyos actos son regulados conforme a los principios inquisitivos, existe proceso e imputado con todos sus derechos, pero la acción penal no será plenamente promovida sino hasta el momento en que el Ministerio Público solicite al juez una decisión sobre el hecho atribuido al imputado.[32] El Ministerio Público no puede *actuar* para sí mismo, y actuando contra el imputado en la información sumaria no actúa *en* juicio (en sentido lato), sino *por* el juicio,[33] pues dicha fase tiene el propósito de servir de base al ejercicio inicial de la acción.

Podría afirmarse que toda la actividad desplegada en las indagaciones preliminares (sumario de prevención) y en la instrucción sumaria (antes de que intervenga el juez), la que tiene como fin inmediato fundamentar la *primera solicitud* que el Ministerio Público formula al juez, constituye una *actividad preparatoria* del ejercicio de la acción penal y de la decisión del juez,[34] y en cuanto tal, puede ser considerada como parte de la acción penal. Esa es la opinión de Sabatini, quien distingue el *inicio* del *ejercicio* de la acción penal. El ejercicio de la acción penal, afirma, puede tenerse sólo cuando el Ministerio Público excita formalmente al órgano jurisdiccional, solicitándole una decisión sobre la noticia de delito, pero la actividad procesal anterior constituye una forma *inicial* de la acción, en cuanto prepara la intervención del juez y su decisión.[35]

Como quiera que sea, para nuestros fines, es necesario reafirmar que el *acto de promoción* de la acción penal es claramente señalado en el sistema costarricense (querella, requerimiento y solicitudes del Ministerio Público), sea que se haya cumplido una actividad preparatoria o no; pero esto no significa negar la existencia de una actividad preparatoria del ejercicio de la acción, en aquellos casos en que se realiza.

b) El momento inicial del proceso.

Al igual que respecto del concepto de acción, la doctrina tampoco es uniforme al señalar el acto procesal con el que se inicia el proceso penal. Un

---

31. Así DE LALLA, P. *Il concetto legislativo di azione penal,* Jovene, Napoli, 1966, pp. 134 ss. En el mismo sentido véase LEONE, G. *Proceso penale,* en "Noviss. Dig. Ital.", Torino, 1966, vol. XIII, pp. 1166 ss., y del mismo *Trattato. . .*, cit., vol. I, pp. 231. No obstante que Leone considera la acción como una solicitud que formula el M.P. al juez, para obtener una decisión sobre la noticia de delito, admite que con el inicio de la información sumaria (en la que falta todavía una solicitud al juez) existe ejercicio de la acción penal. En posición contraria a Leone, entre otros, véase MAIER, J.B.J. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público,* Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 82; para quien el inicio de la información sumaria marca tan solo "la iniciación de un procedimiento que permita preparar, precisamente, la promoción de la acción".

32. En tales términos CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 114; CONSO, G. *Accusa e.sist. accusatorio,* cit., p. 338 ss. y autores citados en notas 29 y 30.

33. Así IANNACCONE, P. *Appunti in tema di richiesta d'istruzione formale,* en "Riv. It. dir. e proced. penale", Milano, 1976, p. 453.

34. Al respecto —observa Petrocelli— la acción penal debe ser "entendida como una actividad dirigida a *preparar, instaurar, provocar* la decisión del juez: concepto que, en todo caso, no es fruto de mera especulación teórica, sino que es presentado por la realidad práctica del proceso". Cfr. PETROCELLI, B. *Azione-istruzione-accusa,* cit., p. 235.

35. Cfr. SABATINI, G. *Progressività causale e procedimento istruttorio,* en "La Giustizia Penale", Torino, III, 1978, c. 53 ss. En el mismo sentido el profesor Castillo observa: "la acción puede haber sido puesta en movimiento por un ciudadano que ha denunciado el hecho, originando de igual manera los actos iniciales de procedimiento. . . Pero, aunque puesta en movimiento, aunque promovida ya, esta promoción no se perfecciona hasta que la acción se concrete oportuna y formalmente. . .", esto es, agrega el autor "sólo se perfecciona en el instante procesal en que el Agente Fiscal pone al juez en conocimiento del hecho, con el fin de que éste emita un pronunciamiento". CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos. . .*, cit., pp. 113 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sector considera que el proceso inicia antes de la instrucción formal o sumaria, pero ubican el momento preciso en diversos actos anteriores a ambas instrucciones.[36] Otros, por el contrario consideran que de proceso puede hablarse solamente cuando se perfecciona la relación entre el Ministerio Público y el juez.[37] Más aún, otros autores reconocen la existencia del proceso en la instrucción sumaria, pero la descartan en las indagaciones preliminares, pese a que en ambas falta el juez.[38] Por último, se ha afirmado también que el inicio del proceso penal lo marca la apertura de la fase del juicio oral y público, de modo que la instrucción es preparatoria del proceso.[39]

El problema más difícil de conciliar ha sido aquel sobre la jurisdiccionalidad y procesualidad o no de la instrucción preliminar o preinstrucción, y el de la instrucción sumaria, en virtud de que en ambas falta el juez y la relación procesal en sentido estricto.

Para reforzar el criterio según el cual la información sumaria no es procesal, un sector de la doctrina agrega que los actos cumplidos en ella son administrativos solo porque el sujeto que los dirige no es un órgano jurisdiccional.[40] En realidad el sujeto no califica la naturaleza de la función; y si bien es cierto que el Ministerio Público no es un órgano jurisdiccional, resulta dudosa la calificación de administrativo. En nuestro sistema el Ministerio Público es un órgano adscrito al Poder Judicial, sin reconocerse en su actividad y organización una, aunque sea residual, interferencia de la administración pública representada por el Poder Ejecutivo (art. 39 CPP); y solo en sentido equívoco —observa Giannini— se podría hablar de actos administrativos de autoridades no administrativas. "Todos estos actos —agrega— o son neutros, o son de derecho común; o son actos del proceso (no de jurisdicción); o, por último, actos atípicos del Poder Judicial".[41]

En síntesis, el Ministerio Público no es un órgano administrativo en el ordenamiento costarricense, desarrolla en la información sumaria una actividad muy similar a la del juez, pero esa similitud no puede llevarnos a afirmar que desempeña una función jurisdiccional.

El Ministerio Público no puede archivar o desestimar la *notitia criminis;* no puede sobreseer o absolver al imputado; no puede emitir sentencia; no puede disponer la prisión preventiva legítimamente;[42] el Ministerio Público aparece como el *dominus* de la información sumaria en cuanto es dirigida por él, pero no tiene potestad decisoria, por el contrario tiene el deber de requerir del juez una decisión; mientras que el juez instructor pueda incluso producir cosa juzgada con la sentencia de sobreseimiento.[43]

El Ministerio Público no tiene los poderes (y deberes) propios del juez, es decir no tiene lo que normalmente se conoce jurisdicción: "la potestad

---

36. En tales términos, SABATINI, G. *Progressività causale. . .*, cit., c. 51 ss., MENCARELLI, F. *Atti di polizia giudiziaria e procedimento,* idem, 1971, III, c. 7 ss.; CONSO, G. *Atti processuali.* Diritto Processuale Penale, Enciclop. del Dir., Milano, 1959, vol. IV, p. 140 ss.; CONTE, G. *Note sull'istruttoria sommaria e sulla preliminare Istruttoria di polizia,* en "Archivio Penale", Roma, 1970, I, p. 249 ss.

37. En ese sentido, entre otros, BETTIOL, G. *La correlazione tra la sentenza e l'accusa nel processo penale,* Milano, 1936, p. 91.

38. Así NUVOLONE, P. *Contributto alla teoria della sentenza istruttoria penale,* Padova, 1969, p. 80; y LEONE, G. *Processo Penale,* cit., p. 1167.

39. En tal sentido ARAGONESES, P. *Instituciones de Derecho Procesal Penal,* Gráficas Encinas, Madrid, 1979, 2ª Ed., vol. I, p. 305 ss. Contra ese criterio, por todos, véase FENECH NAVARRO, M. *El Proceso Penal,* cit. pp. 189 ss.

40. Así ALOISI, U. *Manuale pratico di procedura penal,* Giuffrè, Milano, 1932, pp. 149 y 306; y MASSARI, E. *Il processo penale nella nuova legislazione italiana,* Napoli, 1934, pp. 91 ss.

41. GIANNINI, M.S. *Atto amministrativo,* en "Enciclopedia del diritto", Milano, 1959, vol. IV, p. 172. Sobre la naturaleza del Ministerio Público, véase HOUED VEGA, M.A. y CRUZ CASTRO, F. *El Ministerio Público en la relación procesal penal,* Rev. Ciencias Jurídicas, Nº 39, San José, 1979, pp. 123 ss.

42. Véanse CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* cit., pp. 118 y 119; y HOUED VEGA, M. *El procedimiento denominado de "citación directa",* en Rev. Judicial Nº 16, San José, 1980, pp. 66 ss. El primero considera que el M.P. no tiene facultades para disponer la prisión preventiva; el segundo concluye que sí, pero califica de inconstitucionales las normas que se lo permiten.

43. Sobre las funciones del M.P. en nuestro sistema procesal, véanse además de los citados anteriormente, HOUED VEGA, M. *El Ministerio Público (o Fiscal) en el proceso penal,* Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral, 1977, pp. 148 ss. (aparece publicada parte de ella en Revistas de Ciencias Jurídicas Nº 32 y 33, San José, 1977); y, FERRANDINO TACSAN, A. *Las atribuciones del Agente Fiscal en la Citación Directa,* Facultad de Derecho, UCR, San José, 1984, pp. 58 s.s.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de resolver, con decisión *motivada,* el conflicto entre el derecho punitivo del Estado, deducido en el proceso mediante la acción penal, y el derecho de libertad del imputado conforme a las normas penales".[44] Por consiguiente, el Ministerio Público no es un juez, así como la información sumaria no es jurisdiccional. Lo confirma expresamente el artículo 13 del Código Procesal en cuanto dispone que la jurisdicción es ejercida por los *tribunales* establecidos según la ley y la Constitución; y, ciertamente, las diferentes oficinas del Ministerio Público (agencias fiscales, fiscalías de juicio, jefatura) no pueden calificarse de "tribunales".

No puede negarse, sin embargo, que la información sumaria presenta, desde el punto de vista del imputado, la misma finalidad que la instrucción formal, en cuanto ambas tienden a establecer si existen o no bases para elevar a juicio la causa. La información sumaria es una actividad que *en todos los casos* concluye ante un juez (ya sea el instructor o el de juicio), lo que indudablemente constituye una confirmación de que se trata de una actividad procesal. Al respecto la legislación costarricense resuelve cualquier duda al situar la "citación directa" (que comprende la información sumaria) entre los actos procesales, aunque los califica de especiales (así cap. I, tít. II, lib. III del CPP).

Consecuentemente, si el proceso existe aun en la información sumaria, ello significa que no podemos utilizar como criterio, para señalar el inicio del proceso, la presencia del juez, porque la información sumaria no se desarrolla ante él.

Tratando de buscar otro criterio válido, debe observarse que el ordenamiento costarricense señala que los derechos acordados al imputado pueden hacerse valer hasta la conclusión del proceso por "la persona que fuere detenida como partícipe de un hecho delictuoso, o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra" (art. 45 CPP). El sujeto podría ser detenido como posible autor del hecho, o señalado como tal, por la Policía Judicial, antes de la intervención del juez o del Ministerio Público; y de ello se concluye que la figura del imputado surge antes del inicio de la instrucción (sumaria o formal) porque ya una inculpación ha sido formulada, implicando un ataque al derecho de libertad. En efecto, si bien la imputación es formalizada por el Ministerio Público, en sentido estricto y por exigencias de defensa, lo que ocurre oralmente (durante la indagatoria) en la información sumaria, o por medio del requerimiento de instrucción en la instrucción formal (comunicada luego al imputado también durante la indagatoria-intimación), lo cierto es que una primera y provisional imputación puede considerarse aquella formulada por la Policía Judicial cuando procede a detener a un sujeto como posible autor de un hecho delictivo o bien cuando lo señala como tal.[45] Sin embargo, a partir de este momento, surge el deber de la Policía Judicial de informar al juez o al representante del Ministerio Público sobre la existencia de la *notitia criminis,* y si éstos no intervienen inmediatamente, la Policía tendrá tres días para realizar las indagaciones preliminares (sumario de prevención, art. 166 CPP).

De lo anterior se deduce que ya desde esa informal y provisoria imputación, los actos realizados tienden a investir a la jurisdicción, adquiriendo así relevancia para la decisión del juez respecto de la *notitia criminis,* aunque luego se desestime la denuncia. En tal sentido el sumario de prevención no se diferencia de la instrucción sumaria, ambas son antecedentes y la mayoría de veces fundamento de la decisión inicial del juez, pero nadie discute el carácter procesal de esta última.

Consecuentemente, y como ha evidenciado la doctrina, el criterio legislativo para señalar el inicio del procedimiento penal es constituido por la primaria e imperfecta formulación de la acusación (inculpación), o bien por el cumplimiento de actos que tienden a investir al juez del conocimiento de

---

44. LEONE, G. *Processo Penale,* cit., p. 1163.

45. Conforme, CARULLI, N. *Atti di polizia e diritto di difesa,* en "Foro Penale", Napoli, 1968, p. 426; cfr. también LEONE, M. *Imputazione ed istruzione,* en "La Giustizia Penale", Torino, 1971, c. 162 ss., quien distingue la imputación formal de la "acusación preliminar" o "inculpación".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la noticia de delito, en virtud de los derechos acordados por la ley al "indiciado" y por la relevancia de tales actos para la decisión del juez.[46]

Siendo la acción penal ejercida, normalmente, por el Ministerio Público, se comprende ahora una de las razones por las cuales su promoción inicial no necesariamente coincide con el inicio del proceso. El proceso podía haber iniciado sin la intervención del sujeto llamado a promover la acción, de lo cual podemos anticipar que *la promoción de la acción no es exclusiva ni forzosamente una actividad dirigida a iniciar el proceso penal.*

c) La relación entre la promoción de la acción y el inicio del proceso.

El proceso puede iniciarse, en sentido lato dijimos, desde la primera y provisional imputación formulada por la Policía Judicial, aun antes de que intervenga el sujeto llamado por ley para ejercitar la acción penal. Por consiguiente, la *promoción* de la acción no necesariamente inicia el proceso, por el contrario, en este caso tendería a su continuación si el Agente Fiscal formula un requerimiento de instrucción, luego que el imputado ha sido detenido por la Policía Judicial, y luego que ésta haya realizado el sumario de prevención (preinstrucción).

Sin embargo, por los breves plazos con que cuenta el Ministerio Público cuando es llamado a pronunciarse después de la noticia de delito, la regla impuesta por la práctica judicial es la formulación del requerimiento de instrucción inmediatamente después de que se presenta la denuncia (siempre que ese rito corresponda); y, en este caso, la *promoción* de la acción se identifica con el *inicio* del proceso. Con el requerimiento, en efecto, se señala al mismo tiempo el primer contacto entre el juez y el órgano requirente (promoción de la acción), y la primera formulación de la imputación (inicio del proceso).

La *promoción* de la acción penal puede ser dirigida no sólo a *iniciar* o *continuar* el proceso, sino que también puede buscar su *suspensión* o *conclusión*. Busca la suspensión cuando el Ministerio Público solicita la prórroga extraordinaria de la instrucción, luego de que hubiere practicado la información sumaria, en el caso de que no haya podido recoger pruebas suficientes para pedir el sobreseimiento o para elevar la causa a juicio ante el juez penal.[47]

Esa solicitud de prórroga extraordinaria constituye la primera toma de contacto entre juez y órgano requirente, por medio de la cual este último le pide al primero que tome una decisión sobre la noticia de delito (lo que no ocurre cuando le solicita la práctica de pruebas irreproductibles), y en consecuencia, *promueve* la acción penal, suspendiéndose el proceso hasta que aparezcan nuevos elementos probatorios que justifiquen variar ese estado de duda, o hasta que concluya el período de la prórroga. (Art. 414 CPP).[48]

Teniendo siempre presente las razones por las cuales consideramos que la *promoción* de la acción penal constituye la primera solicitud que formula el Ministerio Público al juez para que se pronuncie sobre una noticia de delito y que la prosecución de la acción está constituida por las demás actuaciones del órgano requirente en el proceso, ese momento promocional puede buscar la conclusión del proceso y no ya su inicio o su continuación. En efecto, tal hipótesis ocurre cuando el representante del Ministerio Público le pide al juez instructor que decrete el sobreseimiento, luego de que el primero hubiere practicado la información sumaria, pues en este caso la solici-

---

46. Conformes CONSO, G. *Istituzioni di diritto processuale penal,* Giuffrè, Milano, 1969, 3ª Ed., pp. 186 ss.; CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos. . .*, cit., p. 113; MENCARELLI, F. *Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare,* Giuffrè, Milano, 1972, p. 209; también, pero identificando acción con procedimiento, DE LALLA, P. *Il concetto legislativo di azione penale,* cit., pp. 134 ss.; y SABATINI, G. *Progressività causale e proced. istruttorio,* cit., c. 49 ss. En sentido contrario se afirma que "el proceso se inicia con el auto que da curso a la instrucción o inicial dictado por el juez cuando admite como posible la existencia de un hecho que encuadra en una figura penal". Así, TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO PENAL, SECCIÓN SEGUNDA, en Res. Nº 623-B-82, de 9:00 hrs. del 27 de mayo 1982.

47. En realidad, en sentido estricto no se trata de una forma de suspender el proceso. La prórroga extraordinaria, como su nombre lo indica, constituye una forma de prolongar el período de instrucción, pero desde un punto de vista práctico su efecto ha constituido una forma de suspensión, cuando se solicita después de practicada la información sumaria y no existe ningún acto instructorio que realizar (no hay otras pruebas que recibir), en cuyo caso se ordena prorrogar la instrucción en espera de que surja alguna prueba que permita variar el estado de duda que la fundamentó. Además, la práctica judicial ha sido la de archivar el expediente (no incluyéndolo en el circulante).

48. Con dicha solicitud debe iniciarse la instrucción formal, pues la prórroga extraordinaria se dicta en este caso procediendo por instrucción, circunstancia que confirma que el ejercicio de la acción no se identifica con la acusación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tud de sobreseimiento es el medio procesal para excitar al órgano jurisdiccional, para que por primera vez se pronuncie sobre una noticia de delito.

En síntesis, la *promoción* de la acción penal no se identifica con el nacimiento del proceso penal. Esa actividad puede dirigirse tanto a abrir el proceso como a continuarlo, o a suspenderlo, y aun, a concluirlo, y en todos esos supuestos estamos refiriéndonos a la promoción de la acción, no a su prosecución.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las ideas que hemos desarrollado en líneas anteriores nos permiten concluir que la discusión teórica no siempre ha contribuido a conceptualizar la acción penal en la medida en que tal discusión ha estado alejada de un concreto ordenamiento jurídico-penal, o bien ha sido orientada por la doctrina civilista, la que ha desarrollado un concepto de acción dirigido específicamente al proceso civil.

De esas ideas es importante destacar:

1. El legislador no define la acción penal, pero la sistematiza en toda la articulación del proceso, le atribuye características propias, y la concibe como un aspecto dinámico, en constante movimiento, sea como una de las funciones del Ministerio Público, quizás la más importante aunque no exclusiva.

2. En esa perspectiva la acción penal pública (para distinguirla de la ejercida en forma exclusiva por particulares) es la actividad normalmente desarrollada (no siempre) por el Ministerio Público en el proceso jurisdiccional, para obtener del juez una decisión sobre una *notitia criminis,* en busca de la aplicación de la ley penal, por medio de un requerimiento o solicitud de específico y motivado contenido, el que por lo general (no siempre) no vincula al juez respecto del punto a decidir, y no se agota *necesariamente* (puede que sí) en una acusación.

3. La acción penal es ejercida siempre ante la jurisdicción. Su ejercicio se prolonga durante el proceso penal, y lo sigue hasta la resolución irrevocable, con el fin de obtener del juez un pronunciamiento sobre el hecho atribuido al imputado.

4. El momento de promoción de la acción no se identifica con el nacimiento del proceso penal. Ese momento se perfecciona con el primer contacto entre sujeto requirente y órgano jurisdiccional, siempre que dicho contacto tenga por objeto solicitarle al juez se pronuncie sobre la noticia de delito (porque son posibles otros contactos previos, como por ejemplo, cuando el Agente Fiscal solicita al juez la práctica de un acto irreproductible durante la información sumaria, sea antes de promover la acción).

5. Por consiguiente, la promoción puede tener como finalidad abrir el proceso, continuarlo, suspenderlo, o aun concluirlo, y en todos esos supuestos nos referimos al ejercicio inicial de la acción penal, no a su prosecución.

6. La comprensión del significado legislativo de la acción penal, contribuye —entre otras cosas— a confirmar la razón por la que el órgano requirente no adquiere un derecho subjetivo sobre los intereses que por medio de ella se hacen valer durante el proceso penal. Afirmar que tiene el monopolio de la acción significa básicamente que es el sujeto destinado, por lo general, a *solicitar* la aplicación de la ley penal, pero no a *disponer* ni *resolver* el conflicto que motiva el proceso penal. Igualmente, entonces, refuerza la tesis que aboga por eliminar la vinculación del juez a algunas de las solicitudes que le formula el Ministerio Público, en tanto ello implica una inversión funcional, dado que el juez se ve obligado a solicitar un pronunciamiento del Ministerio Público (disconformidad), y este último a emitir la decisión como si se tratase de un órgano jurisdiccional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALIMENA, F. *Se l'azione penale possa concepirsi como un'attività obbligatoria dello Stato,* en "Rivista Penale", Roma, 1928, fasc. 6, pp. 483 ss.

ALOISI, U. *Manuale pratico di procedura penal,* Giuffrè, Milano, 1932.

ARAGONESES, P. *Instituciones de Derecho Procesal Penal,* Gráficas Encinas, Madrid, 2ª ed., 1979, I.

BETTIOL, G. *Diritto penale,* CEDAM, Padova, 10ª ed., 1978.

BETTIOL, G. *La correlazione tra la sentenza e l'accusa nel processo penale,* Milano, 1936.

BRUGI, G. *Azione-storia,* en "Nuovo Dig. italiano", Torino, 1937, vol. II, pp. 108 ss.

CARNELUTTI, F. *Principi del processo penale,* Morano ed., Napoli, 1960.

CARULLI, N. *L'archiviazione,* Giuffrè, Milano, 1958.

CARULLI, N. *Atti di polizia e diritto di difesa,* en "Foro penale", Napoli, 1968, pp. 420 ss.

CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José, 1977.

CONSO, G. *Accusa e sistema accusatorio,* "Enciclop. del Diritto", Milano, 1958, vol. I, pp. 334 ss.

CONSO, G. *Istituzioni di diritto processuale penale,* Giuffrè, Milano, 1969.

CONSO, G. *Atti processuali. Diritto processuale penale,* en "Enciclop. del Diritto", Milano, 1959, vol. IV, pp. 140 ss.

CONSO, G. *Vero e falso nei principi generali del processo penale, italiano,* en id., 1958.

CONTE, G. *Note sull'istruttoria sommaria e sulla preliminare istruttoria di polizia,* en "Archivio Penale", Roma, 1970, I, pp. 249 ss.

CORDERO, F. *Procedura penale,* Giuffrè, Milano, 1979, 5ª ed.

CHIAVARIO, M. *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo italiano: incertezze, prospettive, limite,* en "Riv. trim. di dir. e proced. civile", Milano, 1975, Nº 2, pp. 864 ss.

CLARIÁ OLMEDO, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Ediar S.A., Buenos Aires; 1960, vol. 1º, vol. IV.

D'ARIENZO, R. *In tema di promovimento dell'azione penale,* en "Archivio penale", Roma, 1970, II, pp. 183 ss.

DE LALLA, P. *Il concetto legislativo di azione penale,* Jovene, Napoli, 1966.

DÍAZ DE LEÓN, M.A. *Teoría de la acción penal,* Porrúa S.A., México, 1974.

DOSI, E. *Sui limiti di forma e di tempo per il promovimento dell'azione penale,* en "Archivio Penale", Roma, 1952, II, pp. 8 ss.

FENECH NAVARRO, M. *El proceso penal,* AGESA, Madrid, 3ª ed., 1978.

FERRANDINO TACSAN, A. *Las atribuciones del agente fiscal en la citación directa,* Facultad de Derecho, U.C.R., San José, 1984.

FROSALI, R.A. *Sistema penale italiano,* UTET, Torino, 1958.

GIANNINI, M.S. *Atto amministrativo,* en "Enciclop. del Diritto", Milano, 1959, vol. IV, pp. 157 ss.

GUARNERI, G. *Azione penale,* en "Novissimo Dig. Ital.", Torino, 1958, vol. II, pp. 64 ss.

HOUED VEGA, M.A. y CRUZ CASTRO, F. *El Ministerio Público en la relación procesal,* Rev. Ciencias Jurídicas Nº 39, San José, 1979.

HOUED VEGA, M.A. *El Ministerio Público (o fiscal) en el proceso penal,* Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral, 1977.

IANNACCONE, P. *Appunti in tema di richiesta d'istruzione formale,* en "Riv. it. dir. e proced. penale", Milano, 1976, pp. 449.

LEONE, G. *Trattato di diritto processuale penale,* Jovene, Napoli, 1961.

LEONE, G. *Considerazioni sull'archiviazione,* en "Riv. ital. di dir. e proced. penale", Milano, 1951, pp. 485 ss.

LEONE, G. *Azione penale,* en "Enciclop. del dir.", vol. IV, 1959, pp. 851.

LEONE, M. *Imputazione ed istruzione,* en "La Giustizia Penale", Torino, 1971, III.

MAIER, J.B.J. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público,* Lerner, Buenos Aires, 1975.

MANZINI, V. *Trattato di diritto processuale penale italiano,* UTET, Torino, 1967.

MANZINI, V. *Istituzioni di diritto processuale penale,* CEDAM, Padova, 2ª reimp. de la 12ª ed., 1967.

MASSARI, E. *Accusa obbligatoria ed accusa facoltativa nel processo penale* (Conferencia pronunciada en el IX Congreso Penitenciario Internacional de Londres); rep. en "Foro Penale Napoletano", Napoli, 1925.

MENCARELLI, F. *Atti di polizia giudiziaria e procedimento,* en "La Giustizia penale", Torino, III, 1971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MENCARELLI, F. *Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare,* Giuffrè, Milano, 1972.
NUVOLONE, P. *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale,* Padova, 1969.
ORESTANO, R. *L'azione in generale.* Storia del Problemá. En "Enciclop. del Diritto", Milano, vol. IV, 1959, pp. 785 ss.
PEKELIS, A. *Azione,* en "Nuovo Dig. ital.", Torino, vol. II, 1937, pp. 91 ss.; ahora en "Noviss. . .", vol. II, 1958, pp. 30 ss.
PETROCELLI, B. *Azione, istruzione, accusa,* en "Rivista Penale", Roma, II, 1931, pp. 226 ss.; también en "Saggi di Diritto Penale", Padova, 1952, pp. 573 ss.
PISAPIA, G.D. *Compendio di procedura penale,* CEDAM, Padova, 2ª ed., 1979.
SABATINI, G. *Azione penale (impromovilità della),* en "Noviss. Dig. ital.", Torino, II, 1958, pp. 72 ss.
SABATINI, G. *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione,* en "Archivio Penale", Roma, I, 1962, pp. 145 ss.
SABATINI, G. *Progressività causale e procedimento istruttorio,* en La Giustizia Penale", Torino, III, 1978.
SABATINI, Gugl. *Il principio della obbligatorietà, del processo penale,* en id., 1929, pp. 81 ss.
SATTA, S. *L'azione nel diritto positivo,* en "Enciclop. del diritto", Milano, vol. IV, 1959, pp. 822 ss.
VANNINI, O. y COCCIARDI, G. *Manuale di diritto processuale penale italiano,* Giuffrè, Milano.
VÉLEZ MARICONDE, A. *Acción penal dependiente de instancia privada,* en "Estudios procesales en memoria de Carlos Viada", publ. Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1965, pp. 359 ss.
VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal,* Ed. Lerner, Buenos Aires, 2ª ed., 1969.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"NON BIS IN IDEM"

LIC. R. ENRIQUE MEZA CHAVES

1) Conceptos generales:

La locución latina "non bis in idem" literalmente significa "no dos veces lo mismo"(1); de donde puede estimarse que es el principio que establece la exclusión de la doble represión por un mismo hecho delictuoso, es decir, que no se puede aplicar a un mismo individuo dos veces la pena por el mismo delito(2).

El principio "non bis in idem" proviene de otro: la inmutabilidad de la cosa juzgada, que establece que no es posible ser juzgado una segunda vez por el mismo hecho cuando existe identidad del mismo y por consiguiente reasumir la condición de imputado de nuevo(3). El instituto que se examina tuvo extensa e importante aplicación en el Derecho Romano. Se conoció en él la "res iudicata" que valía tanto para el Derecho Privado como para el Público. El asunto decidido en la sentencia es "res iudicata", sobre él ha dicho la sentencia la verdad legal y definitiva. El orden público exige el respeto al fallo, y, por tanto, la cuestión no puede volverse a llevar de nuevo ante las autoridades judiciales. Este punto de vista sustancial de la autoridad de la cosa juzgada, que mira a que no se entable otra vez una misma cuestión, fue una doctrina elaborada por la jurisprudencia clásica. En principio, lo inconmovible de la "res iudicata" se enfocaba más bien desde un punto de vista puramente formal, ligado al efecto extintivo de la "litis contestatio". Lo que se prohibía era la repetición de la "actio"; ésta, el instrumento, es lo que se había extinguido. Y en realidad ello no impedía que, variando aquel molde formal, la misma cuestión volviese a discutirse nuevamente(4). En el "Corpus iuris civiles", un fragmento del Digesto, declara: "Et si quidem imperio continenti iudicio actua fuerti, sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necesaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Si vero legitimo iudicio in persona actum sit ea formula quae iurs civilis habet intentinem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae. Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Y es que cuando en un juicio *imperio continenti* se hubiera entablado una acción, sea real, sea personal, sea con fórmula in *factum concepta,* sea de las que tienen la *intentio in ius,* se puede no obstante, en puro derecho pleitear nuevamente sobre la misma cuestión; y por ello es necesario la excepción de cosa juzgada o aducida en juicio. Por el contrario, en un juicio legítimo, ejercitada una acción personal de las que tienen *la intentio* fundada en el *ius civile* no se puede en puro derecho pleitear posteriormente sobre la misma cuestión, y por ello es superflua la excepción; en cambio, si se hubiere ejercitado una acción real o *in factum,* en puro derecho, se puede, sin embargo, pleitear después, y por ello es necesario la excepción de la cosa juzgada o aducida en juicio. Cosa distinta acaecía antiguamente con las acciones de la ley, pues una vez que se había pleiteado sobre una cuestión, no se podía pleitear en puro derecho después, ni estaba en absoluto en uso en aquellos tiempos, como lo está ahora la excepción(5). Toda sentencia penal de una u otra forma, se inclina o se dispone de una u otra forma a una sentencia correlativa, por lo que la acción penal que ejerce el Ministerio Público se agota con aquel pronunciamiento, o sea, con la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

decisión del juez, que es quien debe decidir sobre los hechos y cuestiones de derecho, que se han debatido. De donde la norma —mandato abstracto— se conjuga con la sentencia —mandato concreto— para aplicar al sujeto activo que viola el ordenamiento jurídico, una pena. Si no ocurriere así, tal ordenamiento sería engañado(6). En fin, se ha dicho en doctrina que la sentencia vale y se impone por dos razones fundamentales: a) Porque es la voluntad del Estado declarada conforme a las leyes, y, b) porque contiene la verdad, la certeza, "de la que no se puede dudar", y si esa verdad pudiese ser cambiada continuamente, jamás se consolidarían los estados jurídicos y las relaciones humanas; de ahí que el derecho contenido en la sentencia en aplicación de las normas genéricas, mudarían como las variaciones de criterio de los tribunales, creando la inseguridad jurídica. Precisamente para hacer cesar la duda, para terminar con la incertidumbre, se concede el derecho de acción y por tanto el proceso; y esa cuestión si pudiese revivir de continuo, impediría el "hacer práctica y efectiva la ley". En virtud de los efectos de la sentencia, los dispositivos de la misma ya no pueden variarse en ningún otro juicio ni en ninguna otra circunstancia que tal cosa tuviera por objeto, se vuelven inmutables. Y se vuelven inmutables cuando, resuelto el fondo jurídico del asunto, precluyen las impugnaciones, que, en su contra, podrían ejercitarse, haciéndose por ende, inatacables en el procedimiento mismo del juicio(7). Se distingue en doctrina entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Cuando llega el momento en que la decisión judicial es inimpugnable, incambiable, entonces alcanza autoridad o fuerza de cosa juzgada en el sentido formal o externo(8); o sea que cualquier continuación del proceso es imposible, porque la cosa juzgada formal produce la consecuencia de cerrar la discusión sobre lo discutido(9); opera, en otras palabras, hasta que se produce la preclusión de las impugnaciones contra ese pronunciamiento. Conforme a lo explicado, la cosa juzgada formal no impide que un mismo hecho pueda ser nuevamente acusado y ser materia de un proceso posterior(10). Si además, la resolución resulta jurídicamente inmutable, adquiere fuerza de cosa juzgada en el sentido material o interno(11). Es precisamente la cosa juzgada material la que tiene como principal efecto la prohibición que se expresa en la fórmula "non bis in idem" que implica, como se ha dicho, la irrepetibilidad de una decisión sobre los mismos hechos contra el mismo individuo, porque la primera decisión, al adquirir la calidad de cosa juzgada formal, extinguió, la pretensión punitiva estatal(12). Para decirlo de una manera más gráfica, podríamos afirmar que la cosa juzgada formal respondería a la pregunta: ¿Ha terminado este proceso? En el sentido material, cabría preguntarse: ¿Podemos abrir un nuevo proceso?

También doctrinariamente, en tiempos más modernos, se hace diferencia entre la cosa juzgada en el proceso penal y la cosa juzgada en el proceso civil, y se explica que lo único que pasa en autoridad de cosa juzgada en el campo penal son los hechos acusados, en tanto que en la segunda, en lo que atañe a lo civil, lo que interesa es la declaración judicial o sea el mandato que encierra la sentencia. En la cosa juzgada (penal) lo que reviste importancia son los hechos acusados, no las calificaciones que de los mismos se haga; y si bien el mandato que encierra la sentencia es de suyo importante, adquiere mayor importancia dentro del proceso civil que en el penal. De no ser así, podría eventualmente —y de hecho se ha producido en forma errónea— darse el caso de acusar a una misma persona por el mismo hecho, calificándolo la segunda vez de diversa manera. El proceso penal se divide en dos etapas o fases: la instrucción (o sumario), y el juicio oral (o plenario); el primero tiende a determinar la existencia o no del derecho de acción, y el segundo a establecer si subsiste o no el derecho de penar por parte del Estado. Se argumenta que esto último es lo que interesa en el proceso penal, (no sólo como derecho sino también como deber), pues al extinguirse el deber de castigar del Estado, el juez no puede, por carecer de jurisdicción, sentenciar nuevamente el mismo caso anterior pues lo que interesa es la sentencia misma, no su contenido (efecto negativo de la cosa juzgada)(13).

2) Legislación y jurisprudencia nacional:

El instituto que se estudia lo encontramos consagrado en nuestra Constitución Política, la cual data de 1949, concretamente en el artículo 42: "Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión".

El principio constitucional en referencia se materializa y desarrolla en varios de nuestros códigos y leyes, no solo los actuales vigentes, sino también en cuerpos legales que datan del siglo pasado y de inicios del presente, dando muestra el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legislador costarricense de un inveterado anhelo, muy propio de nuestra idiosincrasia y carácter, de garantizar por una parte, una justicia sana e imparcial, evitar abusos y el descrédito de nuestros tribunales; y por otra, otorgarles a los ciudadanos seguridad jurídica al no poderse reabrir un nuevo proceso sobre los mismos hechos que ya han sido juzgados.[1] Claro está que existe en este campo, una excepción contemplada por la misma ley, que la constituye el recurso de revisión.[2] En realidad, la primera parte de aquella norma constitucional no se refiere en forma directa al "non bis in idem" pero si tiene relación con el mismo desde el momento en que trata de evitar la inseguridad jurídica y posibles abusos, pues —en términos generales— impide al juzgador que ha resuelto una cuestión, volverlo a examinar, con lo que —como ya se indicó— se asegura y garantiza una correcta, estable y sana administración de justicia.[3] Desde la Constitución de la República Federal de Centroamérica de noviembre de 1824 se señalaba el principio a que hemos hecho referencia, pues el artículo 173 de esa carta política decía: "Unos mismos jueces no pueden serlo en dos diversas instancias". Algo similar se indicaba, también en la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de enero de 1825. No es sino en el Código General de la República de Costa Rica, de julio de 1841 conocido comúnmente como Código de Carrillo, en el artículo 48, de la segunda parte, que se hace precisa indicación de la "cosa juzgada". El citado artículo preceptuaba: "Ningún reo sufrirá pena alguna, sin que ésta se le haya impuesto por sentencia pasada en *autoridad de cosa juzgada*". En

---

1. Artículo 1º del vigente Código de Procedimientos Penales (1973):
"Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código; ni juzgado por otros tribunales que los instituidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso jurisdiccional anterior o se hubiese suspendido en razón de un obstáculo formal al ejercicio de la acción".

   Artículo 29 ibídem: "El juez deberá inhibirse de conocer en la causa:
   1) Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia. . .".

   Artículo 530 del Código Procesal Penal de 1910: "El reo absuelto o condenado por sentencia, no podrá en ningún caso ser perseguido por el mismo hecho juzgado".

   Artículo 60 ibídem: "En los negocios en que un Magistrado, Juez o Alcalde estuviere impedido para conocer, conforme a lo dicho en el artículo 199 de la Ley Orgánica, deberá el Juez o el Alcalde inhibirse y mandar pasar desde luego el asunto a quien haya de subrogarlo, y el Magistrado excusarse para que los demás miembros del Tribunal, sin trámite alguno, lo declaren separado y procedan a reponerlo conforme a la ley. . .". (En sentido similar el artículo 15 del Código de Procedimientos Civiles de 1933).

   El artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937, señala las causales de impedimento que comprenden a las autoridades judiciales para conocer de un determinado negocio o causa.

   Artículo 9 del Código Penal vigente (1970): "No tendrán el valor de cosa juzgada las sentencias penales extranjeras que se pronuncien sobre los delitos señalados en los artículos 4º y 5º (territorialidad y extraterritorialidad); sin embargo a la pena o a la parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias, se abonará a la que se impusiere de conformidad con la ley nacional, si ambas son de similar naturaleza y, si no lo son, se atenuará prudencialmente aquella.

   Artículo 10 ibídem: "En los casos señalados en los artículos 6º y 7º (delitos cometidos en el extranjero y delitos internacionales), la sentencia penal extranjera absolutoria, tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. . .".

   Artículo 7º del Código Penal de 1941: "No se podrá juzgar en Costa Rica conforme a las disposiciones de los artículos que preceden al nacional o al extranjero por delitos o cuasidelitos cometidos o fuera del país cuando haya sido juzgado ya en el territorio en que delinquió y esté además cumplida la condena; cuando haya sido absuelto o su pena haya sido suspendida. . .".

2. Sobre el recurso de revisión, puede verse la magnífica obra del doctor Castillo González, ya citada supra.

3. Casación 14:30 hrs. 27 de octubre de 1973: Al conocer la sentencia en alzada el juez estaba resolviendo fundamentalmente sobre lo mismo que fue materia del enjuiciamiento que él mismo dictó en primera instancia, se configura así un motivo de casación por la forma ya que estaba inhibido para ello y carecía de competencia sin que tenga importancia el hecho de que un caso se tratara de una resolución interlocutoria que llamaba a juicio y en el otro un fallo definitivo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuanto a las excepciones ese cuerpo legal, aludía, en el libro I, título IV, artículo 75, entre otras cosas que el pago, la *cosa juzgada*, la transacción, etcétera, podían oponerse en cualquier estado de la causa, en cualquier instancia y aun después de ejecutada la sentencia. En la parte III en cuanto a la ejecución de la sentencia el artículo 306 hablaba de "Las sentencias *pasadas en autoridad de cosa juzgada* las cuales se debían ejecutar por el juzgado de primera instancia que hubiere conocido en el asunto". El artículo 36 de la Constitución Política del Estado de Costa Rica de 9 de abril de 1844, ordenaba al igual que los anteriores, que unos mismos jueces no podrían serlo en dos diversas instancias. En forma similar lo señalaba en el artículo 18 la Constitución Política de febrero de 1847; pero ya en el artículo 135 *ejusdem* decía que en todas las causas civiles y penales no había más que un juicio y un mismo orden de procedimientos, formas y recursos prevenidos por la ley. La Constitución de 27 de diciembre de 1859 se define con más claridad, pues que, además de contener la norma general de las predecesoras en cuanto a que la unidad judicial no es permitida para conocer diferentes instancias; su artículo 123 indica expresamente que: "Ningún poder ni autoridad puede avocarse sino es *ad effectum videndi* y en los casos de la ley, causas pendientes de otro Tribunal o juzgado, ni sustanciarlas, ni hacer revivir procesos fenecidos". Podemos observar entonces, que se define con más propiedad el principio "non bis in idem". Así mismo, la Constitución de 15 de abril de 1869, en su numeral 43 determinaba que un mismo juez no podía serlo en diferentes instancias, siempre que se tratare de la decisión del mismo punto. Norma similar contenía la Constitución Política de 7 de diciembre de 1871 en su artículo 49. La Carta Política de julio de 1917, aclarando aún más, decretaba lo siguiente: "Un mismo juez no puede serlo en diferentes instancias siempre que se trate de decidir el mismo litigio", (artículo 23). Se puede concluir, con un análisis de lo anterior, que las constituciones que rigieron nuestro país contenían disposiciones que abarcan ideas muy avanzadas a fin de otorgar a los ciudadanos garantías individuales, como la institución que nos ocupa, y que salvo someras modificaciones, nos han sido legados hasta nuestra actual Carta Magna.

En lo que hace a la jurisprudencia patria, —respecto de la cosa juzgada en materia penal, que es el punto de análisis— es dable afirmar que salvo raras excepciones, la misma podría calificarse como uniforme, y además prolífica. En razón de esa abundancia, es que nos hemos tomado la licencia de señalar a continuación algunos fallos que consideramos de importancia:

1º) 1948. Casación de las 10:30 hrs., 26 agosto: "La norma que determina los efectos de la cosa juzgada en materia penal no alude a las indemnizaciones civiles, por lo que éstas pueden ser discutidas en la vía civil."

2º) 1958. Casación Nº 38: Si unos indiciados que fueron sobreseídos por el delito de usurpación, al haber actuado de buena fe, invaden nuevamente el predio con conocimiento de que es ajeno, no se viola la disposición constitucional que consagra la cosa juzgada, si se les condena por esta nueva delincuencia.

3º) 1960. Casación Nº 84. La cosa juzgada que no permite reabrir procesos fenecidos, no requiere en lo penal ser propuesta como acción o como excepción, es un principio de orden público, que los tribunales represivos deben acatar por propio imperio de la Constitución y de la ley.

4º) 1960. Casación Nº 84. Por constituir cosa juzgada debe rechazarse una acusación por el delito de extorsión si anteriormente fue sobreseído el mismo inculpado en un juicio seguido por el delito de coacción, pues el hecho sigue siendo el mismo mientras el mismo evento material imputable resulte objeto de la acción penal, cualquiera que sea la nueva definición jurídica que se le pretenda asignar.

5º) 1969. Casación Nº 52. Los procesos fenecidos solo pueden ser reabiertos cuando proceda el recurso de revisión.

6º) 1971. Casación Nº 141 de las 14:15 hrs. del 17 de diciembre: Cuando las situaciones jurídicas consolidadas se originan en una sentencia, nos encontramos ante la cosa juzgada garantizada por la Constitución Política.

7º) 1978. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 43 de 15 hrs. del 14 de febrero: Si bien la conducta del imputado al hacer estallar una bomba de doble trueno, de las que se usan en los turnos, en las oficinas de la ofendida, configura el delito de intimidación pública, al haber sido sobreseído por otro tribunal en lo tocante a esos mismos hechos, con error, pues cuando se resuelve interlocutoriamente una situación, lo procedente es limitarse a calificar los hechos conforme se estime es lo que se ajuste a derecho, pero no sobreseer en cuanto a los mismos calificándolos de una manera y ordenar que continúe la investigación calificándolos de otra, lo que así fue resuelto, no obstante, elimina en este caso la posibilidad de una sentencia condenatoria pues

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ese pronunciamiento ha tenido la virtud de cerrar el caso con autoridad de cosa juzgada.

8º) 1978. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 37 de 11 hrs. de 8 de febrero: Si por error del juzgado se había elevado a juicio por homicidio culposo y momentos después por resolución de ese mismo juzgado se sobreseyó al imputado por el delito de lesiones a pesar de estar ambas delincuencias indisolublemente vinculadas en forma de concurso ideal, aun cuando las partes no hayan opuesto las excepciones correspondientes, en la presente causa por homicidio culposo debe absolverse al reo de toda pena y responsabilidad, pues la conducta del mismo en relación con este hecho se encuentra amparada por una sentencia que tiene carácter de cosa juzgada.

9º) 1978. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 178 de 17:30 hrs. de 21 de agosto: Si el imputado fue sobreseído oportunamente por los mismos hechos que aquí se le atribuyen, en aplicación del principio de que nadie puede ser perseguido más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias, debe declararse con lugar la excepción de cosa juzgada que opuso y en consecuencia ha de absolvérsele de toda pena y responsabilidad por el delito de estafa mediante falsedad de documento equiparado que se le imputa.

10º) 1976. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 1695 de 16:10 hrs. de 3 de agosto: El desglose de una causa penal para averiguar por un lado la presunta comisión de la falta de policía consistente en haber exportado café destinado al consumo nacional y por otro, la posibilidad de que se haya cometido el delito de defraudación, obliga a que sobrevenida sentencia en cualquiera de las dos situaciones, la otra se afecte con el carácter de cosa juzgada ya que no es el tipo de ilícito que se persigue, sino los hechos, los que determinan que la misma se produzca.

11º) 1980. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, Nº 183 de 15:20 hrs. de 2 de octubre: Si en autos consta que se requirieron hechos que condujeron al sobreseimiento total, resolución que por consiguiente le puso término a esas diligencias con el carácter de cosa juzgada, y no obstante ese pronunciamiento, la autoridad que lo dictó dispuso un testimonio de piezas con el que el Ministerio Público formuló un nuevo requerimiento de instrucción, aduciendo exactamente los mismos hechos por los cuales el caso se había cerrado en la forma indicada, entonces, es claro que tiene razón la defensa al oponer la excepción de cosa juzgada, pues la misma se produce cuando se hace referencia a los mismos hechos, aunque sean diferentes las calificaciones que a ellos se les dé, y de continuarse con el debate, se incurriría en una flagrante violación al principio "non bis in idem", consagrado constitucionalmente; en consecuencia procede acoger la excepción opuesta y sobreseer al mismo tiempo al imputado.

12º) 1980. Tribunal Superior Penal, Limón, Nº 117 de 10:55 hrs. de 30 de mayo: Si la imputada había sido juzgada por escándalo en la vía pública con anterioridad, entonces en la especie, no es de recibo la excepción de cosa juzgada planteada por el defensor, toda vez que dicha sentencia no se refiere en manera alguna a lesiones, delito por el que se le juzga.[4]

13º) 1981. Sala Tercera de la Corte, Nº 76 F: Si el imputado anteriormente se le sobreseyó por el delito de falsificación de documento privado, por haber solicitado duplicados de cédula de identidad afirmando ante el Registro Civil, falsamente que era soltero porque la acción penal había prescrito; pero el señor Juez Penal en esa sentencia no menciona nada sobre las otras actuaciones del imputado, que ahora se le endilgan, de haber hecho uso de certificaciones falsas del mismo Registro sobre su soltería y mediante las cuales logró su designio de contraer matrimonio católico dos veces más, y estos últimos hechos el Ministerio Público ahora los califica como uso de documento falso; no se da la cosa juzgada que acogió la sentencia recurrida, pues el nuevo y actual proceso se encamina a juzgar otra conducta del inculpado, por lo que procede anular la sentencia de sobreseimiento impugnada.

14º) 1981. Sala Tercera de la Corte Nº 1-F de 9:30 hrs. de 13 de enero: Si bien el sobreseimiento es susceptible de adquirir el valor de cosa juzgada, ello no se da en el presente caso, ya que el Tribunal de instancia al momento de sobreseer también

4. Aparentemente este es uno de los casos en que se varía la jurisprudencia, pues el Tribunal le dio mayor importancia a la calificación del ilícito que a los hechos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

varió la calificación del hecho, y no consta que por los mismos hechos hubiera sido perseguido o condenado en un proceso anterior, sin que pueda decirse que se esté en presencia de una nueva persecución penal, ya que es sabido que dentro de un mismo juicio no se puede alegar cosa juzgada basada en resoluciones dictadas en él, porque la misma cabe únicamente en un proceso posterior en que se trata de volver a perseguir e investigar lo ya resuelto en definitiva en otro anterior.

Se concluye de lo precedente que nuestros jueces —en términos generales— al igual que el legislador nacional, han tenido pleno conocimiento y entendido de la importancia del principio de la "cosa juzgada"; plasman en sus fallos dicha institución, con un acopio de acertado criterio jurídico, para que así se proteja, mantenga y consolide, en un afán imperecedero de ir en búsqueda de lo que es realmente justo.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) W.M. Jackson. *Diccionario Hispánico Universal,* tomo IV, pág. 1016, México, 1975.
(2) Ezaine Chávez, A. *Diccionario de Derecho Penal,* página 237. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
(3) Bettiol, G. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal,* pág. 275, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona.
(4) Arias Ramos, J., Arias Bonet, J.A. Derecho Romano, tomo I, página 196, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 15 Ed.
(5) Arias Ramos, op. cit., tomo I, pág. 411.
(6) Bettiol, G., op. cit., pág. 273.
(7) Abitia Arzapalo, J.A. *De la cosa juzgada en materia civil,* pág. 81, México 59.
(8) Ídem, pág. 87.
(9) Castillo González, F. *El recurso de revisión en materia penal,* pág. 51.
(10) Ídem, pág. 51.
(11) Abitia Arzapalo, J.A., op. cit., pág. 87.
(12) Castillo González, F., op. cit., pág. 51.
(13) Cortés Domínguez, Valentín, *La cosa juzgada penal,* págs. 116, 117, 120 y 121, Bolonia, 1975.

Índice general de la legislación promulgada. 1948-1970, Asamblea Legislativa, 1972.
Digesto Constitucional de Costa Rica. Colegio de Abogados, 1946.
Código General de la República de Costa Rica. New York, 1858.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA DEFENSA

LIC. DANIEL SALAZAR VILLEGAS
Jefe del Departamento de Defensores Públicos

ÍNDICE

Pág.

Introducción 90

Génesis y desarrollo del reconocimiento de los derechos del hombre 90

Derecho constitucional y garantías individuales 91

Derecho de defensa 92
A. Breve reseña histórica 92
B. Concepto de derecho de defensa en materia penal 92
C. Defensa material y defensa técnica o formal 93

Fundamentos constitucionales del derecho de defensa en Costa Rica 94

Capítulo de derechos y garantías individuales de la Constitución Política de Costa Rica de 1949 95
A. Antecedentes 95
B. Derechos y garantías individuales 95
C. La libertad 95

Derecho de defensa en Costa Rica 97
A. Sistema político 97
B. Sistema procesal 97
C. Artículo 39 de la Constitución Política 97
D. Igualdad ante la ley y derecho de defensa 98

Conclusiones 99

Bibliografía 100

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Con el presente estudio sobre los "Fundamentos Constitucionales de la Defensa", se pretende no solo señalar los principios que determinaron su inclusión en el Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución Política, sino analizar también si estamos en presencia de un mero enunciado sin desarrollo en la ley procesal y sin instituciones que le hagan cobrar vida, o si por el contrario responde a una realidad jurídica. Se estudiarán también los bienes jurídicos protegidos y los mecanismos que se han puesto a disposición del individuo para garantizarle la igualdad ante la ley. Aunque el objeto de la investigación se circunscribe únicamente a la legislación costarricense, resulta imposible abstraerse por completo y pretender ignorar el difícil y tortuoso camino del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en la evolución constitucional. Del mismo modo deviene en obligatorio el planteamiento del eterno y siempre actual problema de la lucha entre la libertad y la autoridad.

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Desde los orígenes de la historia de la humanidad, el hombre organizado socialmente ha vivido en constante lucha con los detentadores del poder, a fin de que se le reconozcan y respeten sus derechos frente a la ilimitada autoridad del Estado. El camino ha sido sumamente lento y plagado de obstáculos.

Las soluciones han ido emergiendo y cobijando parcialmente a determinados grupos sociales. Lo que para unos constituye una gran conquista, para otros se torna en insuficiente; añejo y obsoleto.

En la Edad Antigua, los manifiestos o declaraciones de derechos brillaron por su ausencia, pero el amo, el señor, el gobernante siguió considerando al hombre como tal en la medida en que cumpliera con los deberes que le imponía, los cuales generalmente eran para su provecho y servicio.

Con la propagación de la organización feudal durante la Edad Media surgen pactos o acuerdos que contienen y reconocen derechos y deberes mediante los cuales se comprometen recíprocamente el soberano y sus feudatarios. Nótese que este pequeño avance "beneficia" únicamente a un estamento de la sociedad, en tanto que el resto de la población seguía desamparada y ayuna de defensa frente al ilimitado poder de los gobernantes. Sin embargo, todo no era oscuridad y en forma pausada fueron viendo la luz algunas proclamas y declaraciones que aunque sin alcance universalista enunciaban derechos de los ciudadanos e imponían limitaciones a la autoridad. Por ese sendero se siguió hasta que la doctrina filosófica que reconocía al individuo derechos naturales inviolables y eternos determinó la proclamación de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y que tuvo lugar en Francia en el año de 1789. En esta Declaración encontramos ya postulados de valor absoluto y universal.

En las postrimerías del siglo XVIII las constituciones escritas se ponen EN VOGA y en adelante con la palabra "Constitución" y el adjetivo "Constitucional" se designan aquellos regímenes en los que autoridad y libertad se limitan mutuamente. En el curso del siglo siguiente los derechos y deberes de los ciudadanos se incorporan a los textos de las constituciones y se opera así la transformación de las tradicionales fórmulas abstractas, en normas jurídicas positivas, valederas y aplicables a los ciudadanos particulares de los distintos Estados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DERECHO CONSTITUCIONAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

Se ha expresado que el Derecho Constitucional es una rama del Derecho Político que comprende las leyes fundamentales del Estado, mediante las cuales se determinan la forma de gobierno, la organización de los poderes públicos y los derechos y deberes de los individuos. Su misión es la de "organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad".[1] Nótese que es un verdadero conciliador entre las insaciables ansias de autoridad de quienes detentan el poder y el derecho de los administradores a impedir abusos y defender su libertad. Aunque generalmente se acepta su naturaleza conciliadora y equilibrada, algunos le han situado en una posición polarizadora al definirle ya sea como "técnica de la autoridad" o como "técnica de la libertad". Es claro que la primera concepción resulta muy halagadora a los intereses de los gobernantes, pero en vista de que la autoridad encuentra su justificación en el interés de los gobernados, estimo más atinado que se le tenga como técnica de la libertad, sin que ello implique que no se le deban poner límites para evitar caer en la anarquía. El hecho de que el hombre esté obligado a vivir en sociedad y por ende a someterse a restricciones que no le perjudican y que al mismo tiempo benefician a los demás, no implica que debe anularse en su individualidad, ya que tiene el derecho e incluso el deber de realizar su destino individual y para ello el Estado debe procurarle el ambiente y los medios necesarios, siempre y cuando no devengan en detrimento del interés general.

Casi todas las constituciones modernas tienen un capítulo dedicado a las garantías individuales, cuyo alcance filosófico es el de permitir la plena realización del hombre en un marco de libertad. Sin embargo, su existencia real dependerá del sistema político imperante y de la preponderancia que se le dé al Estado o al hombre. En los sistemas políticos totalitarios la disposición constitucional no pasará de ser un bello enunciado inoperante que ha cedido ante el absorbente y preponderante poder reconocido al Estado, es decir, el hombre pasa a ocupar un segundo plano. En los Estados de democracia liberal prevalece el interés de la persona frente al Estado, cuya misión es la de funcionar en beneficio de los individuos que lo integran siempre y cuando no se lesionen iguales derechos de otros individuos. En resumen, en estos sistemas los ciudadanos tienen un margen mayor de libertad que es, ciertamente, la ventaja esencial de los regímenes occidentales. Pero no debemos engañarnos, también en algunos Estados de democracia liberal muchas de las garantías individuales se tornan en letra muerta. Al respecto, Maurice Duverger, ha dicho que:

"En ciertos Estados, la Constitución casi no es aplicada y así se ha podido hablar a este respecto de "Constituciones Programa". Incluso cuando es aplicada y se trata de una verdadera "Constitución-Ley", la aplicación no es tan rigurosa. . .".[2]

En consecuencia, hay que concluir que en todos los sistemas políticos encontramos Constituciones que no van más allá del papel que las contiene y que en todo caso, aun cuando estemos en presencia de una verdadera Constitución-Ley difícilmente su cumplimiento será estricto y riguroso en un todo.

Después de las anteriores consideraciones, creo no equivocarme al afirmar que en Costa Rica contamos con una Constitución-Ley y que al Capítulo de Garantías Individuales se le ha dado el necesario desarrollo legal o institucional que garantiza el respeto a la libertad, entendida en sentido lato.

El derecho de defensa se ha convertido en un instrumento real y efectivo al servicio del hombre para la protección de aquel bien jurídico.

En otros puntos del presente estudio se hará una exposición del derecho de defensa en general y de inmediato se entrará a analizar su regulación en nuestra Ley Fundamental.

---

1. Hauriou, A. *Derecho Constitucional e Instituciones jurídicas*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág. 36.

2. Duverger, M. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, 1970, pág. 60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DERECHO DE DEFENSA

A. Breve reseña histórica.

El derecho de defensa es tan antiguo como el hombre mismo y ha sido considerado como un derecho natural de obligatorio reconocimiento y positivización por parte de los diversos ordenamientos jurídicos.

Al superarse la etapa inicial de la historia de la humanidad en la cual los hombres se hacían justicia por su propia mano y, una vez que se empezaron a crear mecanismos legales para dirimir las divergencias que surgían entre ellos, nació también el cuestionamiento de la solución que se debía dar a la necesidad de DEFENSA que experimentaban quienes se veían involucrados en aquellos conflictos. Fueron apareciendo así distintos personajes que se hacían cargo de aquella noble misión, la cual se vio engrandecida en un inicio debido a que su único móvil se centraba en el honor que deparaba a quienes la cumplían. Es así como en Roma, donde la abogacía se define como profesión, el letrado presta sus servicios al humilde obteniendo a cambio solamente honor y consideración. Claro está, que con el correr del tiempo el honor fue cediendo ante el interés justificado de la paga y este giro en la situación planteó la solución de un nuevo problema: ¿Cómo mantener el equilibrio entre el pobre y el rico frente a la Administración de Justicia, a efecto de dar fiel cumplimiento al principio de Justicia Social? Este problema ha encontrado respuesta en varias instituciones, pero no debe pasar inadvertido que por razones de política criminal y dependiendo de la filosofía que ha inspirado a los regímenes a lo largo de la historia, la defensa ha sido efectiva en algunos casos y lugares y totalmente anulada o inexistente en otros.

En nuestro país, las desigualdades de índole económica y las que se derivan de la posición del acusado frente al órgano acusador, se equilibran y resuelven a través de la defensa técnica, tanto de oficio como pública.

B. Concepto de derecho de defensa en materia penal.

El derecho del hombre de desenvolverse en forma plena en todos los ámbitos de la vida, ha creado en él la necesidad de procurar y desarrollar mecanismos de defensa que le permitan repeler la agresión para evitar los perjuicios que de ella se deriven. Este sentimiento ontológico que le acompaña a lo largo de toda su existencia encuentra distintas respuestas dependiendo de la naturaleza de la causa generadora que dio origen a la lesión irrogada.

Ahora bien, el concepto de derecho de defensa en materia penal va estrechamente ligado al de imputado, debiéndose entender por tal ". . .el sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso; pero asume esa condición —aun antes de que la acción haya sido iniciada— toda persona detenida por suponérsele partícipe de un hecho delictuoso o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento".[3]

Los elementos que integran la anterior definición evidencian la necesidad, importancia y fin del derecho de defensa. Obsérvese que se habla de un hombre a quien se le supone partícipe de un hecho delictuoso en virtud del cual, se establece una pretensión jurídico-penal que pone en peligro su libertad. Ahora bien, si el Estado ha reconocido el derecho de libertad del hombre, el fundamento del derecho de defensa se ubica en ese reconocimiento puesto de manifiesto en los mecanismos con que el Estado dota al individuo para que haga valer y respetar su derecho a la libertad. Si existe libertad como valor real reconocido y respetado por el poder público, necesariamente debe existir, en forma efectiva y no abstracta, el derecho de defender ese preciado bien jurídico, superado únicamente por el derecho de la vida.

El jurista Alfredo Vélez Mariconde conceptúa la defensa como ". . .el derecho público individual

3. Vélez Mariconde, A. *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 335.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(del imputado) de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; y que también constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído y defendido".[4]

A continuación trataré en forma breve los "tipos de defensa" (técnica y material) que doctrinariamente se señalan como indispensables para la satisfacción de ese derecho público individual del imputado. Del mismo modo, por aparte se analizará la previsión que al respecto contiene nuestra Constitución-Ley y el desarrollo y cumplimiento que esa norma ha encontrado en nuestro sistema procesal.

C. Defensa material y defensa técnica o formal.

Si el hombre es libre y el sistema político lo dota de los mecanismos necesarios para que proteja esa condición, deviene en obligatorio para él hacer uso de los mismos en forma diligente a efectos de conservar o recuperar su estado. Es así como en la actividad defensiva convergen ese derecho del imputado y la obligación del defensor como conocedor del Derecho, de asistirlo y representarlo técnicamente en las distintas etapas del Proceso. Ambas actividades deben complementarse porque van encaminadas hacia el mismo fin que se resume en hacer justicia en la persona del imputado.

La defensa material 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.

Al respecto, Vincenzo Manzini, citado por Vélez Mariconde, dice que la defensa material es "manifestación incoercible del instinto de libertad, por lo que sería inicuo e inhumano someterla a vínculos jurídico-morales, de tal modo que en el proceso penal impera el principio "nemo tenetur se detegere o más latamente, ninguno puede ser constreñido a obrar en daño propio".[5] El principio aquí citado es recogido por la Constitución costarricense en el artículo 36 que en lo que interesa dice "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo. . .".[6]

Nuestro Código Procesal Penal regula la defensa material en los artículos 276 y 283. En el primero consagra la libertad de declarar y en el segundo se refiere a las declaraciones espontáneas que puede rendir el encartado cuantas veces quiera.

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. La función citada se cumple "mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal".[7] Esto es lo que se conoce como defensa técnica o formal, la cual es ejercida generalmente por un abogado y sólo en casos de excepción se le permite al acriminado ejercer ambas funciones.

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 todo lo largo del proceso, es decir, desde la indagatoria hasta que exista sentencia firme.

---

4. Vélez Mariconde, pág. 377.
5. Vélez Mariconde, págs. 378, 379.
6. *Constitución Política*, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, pág. 15.
7. Vélez Mariconde, op. cit., pág. 379.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El artículo 39 de nuestra Constitución Política consagra el derecho de defensa y en el numeral 80 del Código de Procedimientos Penales se le señala también como derecho del imputado. En esta misma disposición se autoriza la autodefensa técnica "siempre que ello no perjudique la eficiencia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del Proceso".[8] Debe entenderse que los casos de excepción de autodefensa quedan reservados exclusivamente a quienes posean el grado de abogados, o bien, a quienes no teniéndolo demuestren que dados sus conocimientos al respecto no pondrán en peligro su libertad ni el equilibrio procesal de que tanto se ha hablado. En esta situación se ubicarán los egresados y los estudiantes avanzados de la carrera de Derecho. En los artículos siguientes, hasta el 90 inclusive, se sigue regulando ese derecho, estableciendo su obligatoriedad y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en abandono del cargo. En general se toman las previsiones del caso de manera tal que, el imputado no carezca de defensor en ningún momento.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN COSTA RICA

Los hijos del pueblo levanten la frente
al sol refulgente de la LIBERTAD
sepamos ser LIBRES no siervos menguados
DERECHOS sagrados la Patria nos da.

Si cantemos el himno sonoro
a la PATRIA, al DERECHO y al BIEN
y del pueblo los hijos en coro
de la LEY juren ser el sostén.

Sólo es HOMBRE el que tiene DERECHOS
no el que vive en la torpe abyección
y baluarte serán nuestros pechos
contra el yugo de inicua opresión.

(Estrofas del Himno Patriótico del 15 de Setiembre. Las mayúsculas no son del texto).

COMENTARIO.

Las anteriores estrofas son parte de un himno patriótico del que emergen en forma diáfana los más caros sentimientos de nuestra forma de ser, de nuestra forma de pensar, y en fin, de nuestra idiosincrasia. Es un canto al respeto a la libertad individual dentro de nuestro territorio y una advertencia de que como nación rechazamos cualquier intento de subyugación foránea que anuncie esclavitud en cualquiera de sus manifestaciones. En él convergen el respeto al hombre, el derecho a su libertad y el derecho con sus fines como ciencia destinada a su servicio.

El anterior comentario tiene como propósito demostrar que el Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución no obedece a circunstancias accidentales e infundadas, sino a una actuación oportuna y consecuente del constituyente que supo recoger el sentimiento del pueblo para convertirlo en norma fundamental de cumplimiento obligatorio y efectivo.

8. *Código de Procedimientos Penales*, Impresos Mil Copias S.A., 1976, pág. 24.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO DE DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA DE 1949

A. Antecedentes.

Los acontecimientos políticos de 1948 culminaron con el rompimiento del orden constitucional y la consecuente instalación de una Asamblea Nacional Constituyente para la promulgación del nuevo Estatuto Fundamental. Cuando iba a comenzar la discusión del Capítulo de Derechos y Garantías Individuales, un grupo de diputados presentó una moción para que se declare que:

"Desde ahora se confirma el Capítulo Constitucional de las Garantías Individuales, artículos 25 a 50 de la Carta de 1871, el cual se respeta como firme e intocable sin que le quepa más retoque que el poder incorporarle nuevas garantías o algunos de los Derechos del Hombre recientes o internacionalmente consagrados; y siempre, en todo caso, que no choque el agregado con lo ya estatuido, ni venga a desnaturalizar preceptos básicos tradicionales".[9] En la anterior proposición se pone de manifiesto el exceso de celo de ese conjunto de diputados constituyentes, quienes pretendían no correr riesgo alguno que pudiera significar menoscabo de aquellos derechos y garantías. Todo lo que fuera asegurar su permanencia y fortalecimiento estaba bien, pero era inaceptable que las mismas pudieran ser disminuidas. En apoyo de su gestión un diputado indicó que se trataba de derechos naturales que estaban por encima de todo, y por ende, no debían ser modificados. La moción no prosperó por cuanto la mayoría fue del criterio de que en materia tan delicada era menester discutir una a una cada disposición. Sin embargo, lo importante de todo fue que se obtuvo el mismo resultado, ya que al final los derechos y garantías individuales fueron robustecidos.

B. Derechos y garantías individuales.

Mediante este conjunto de normas constitucionales que configuran nuestro régimen de libertades se pretende hacer posible el desenvolvimiento pleno del hombre en su individualidad, sin perder de vista las normas de convivencia social a que debe someterse.

En treinta artículos (del 20 al 49 inclusive) se desarrolla ese régimen de libertades, en el cual el supremo bien jurídico protegido es la vida, cuya inviolabilidad se declara en el artículo 21. Se establece el derecho de defensa en el artículo 39 con miras a garantizar el respeto a la libertad del hombre, y para que tal cometido se cristalice, se garantiza la igualdad ante la ley. Nótese que son tres los principios o fundamentos primordiales en esta regulación: LIBERTAD - DERECHO DE DEFENSA - IGUALDAD ANTE LA LEY.

Con el derecho de defensa se garantiza que al individuo no se le someterá a prisión o arresto (eliminación de la libertad física) si no existe sentencia condenatoria firme o "indicio comprobado de haber cometido delito" (artículo 37).

En vista de que el respeto a la libertad del hombre constituye el fundamento principal del derecho de defensa, se hace indispensable y por ende obligatorio, dedicarle unas cuantas líneas a ese preciado e insustituible bien jurídico.

C. La libertad.

"El hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes vive entre cadenas".[10]

(J.J. Rousseau)

Se ha dicho con suficiente razón que la libertad es el conjunto de todas las libertades, de manera tal que, el hombre no será libre si falta una sola de ellas. Algunos creen, en forma errada que es libre quien no se encuentre limitado por las paredes de los recintos que el Estado ha creado para aislar los administrados que irrespetan las normas de convivencia social, o quienes cumpliéndolas significan verdaderos obstáculos para los

9. *Actas Asamblea Nacional Constituyente,* II tomo, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952, págs. 446 y 447.

10. Rousseau, J.J. *El contrato social,* traducción de Juan Mario Castellanos, Editorial Universitaria Centroamericana, Primera Edición, San José, Costa Rica, pág. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que fundan su poder en el abuso. No son libres los hombres que aun estando fuera de las prisiones se ven imposibilitados para asociarse, reunirse, pedir, opinar, pensar, ejercer el comercio etc. Si falta cualquiera de estas libertades no se es libre. También resulta lógico que la eliminación de la "libertad física" implica la eliminación de un sinnúmero de libertades tales como la de vivir en familia, practicar el culto religioso de su agrado, tener acceso a los actos culturales de su preferencia, etc.

Por eso, cuando se hablaba del Capítulo de Derechos y Garantías Individuales de la Constitución Política costarricense, se dijo que el fin primordial del derecho de defensa era el de tutelar la libertad "física", pero es claro que también se da protección a todo el conjunto de derechos y libertades.

Refiriéndose a este tema, Stuart Mill ha dicho que:

"Ninguna sociedad es libre, cualquiera que sea su forma de gobierno, si estas libertades no son en todo caso respetadas, y ninguna es completamente libre si estas libertades no están garantizadas de una manera absoluta y sin reservas".[11]

Por medio de las ideas antes esbozadas se ha pretendido definir al hombre libre, pero es más importante aún tratar de desentrañar el significado de la libertad. Este último concepto es más amplio y por estar al servicio del primero, también le comprende. Justamente por ello se ha dicho que se trata de una condición inherente a la esencia misma del hombre, ya que de ella depende lo específicamente humano de su naturaleza. Es un derecho natural inalienable, imprescriptible y eterno cuyo único límite se encuentra en no irrogar daños a los demás.

"Don excelente de la naturaleza, atributo exclusivo de los seres dotados de razón, la libertad confiere al hombre una dignidad en virtud de la cual se le coloca bajo la dependencia de su propia opinión convirtiéndole en el dueño de sus actos".[12]

Así se inicia la Encíclica que en el año 1888 el Papa León XIII dedicó a la libertad humana. Por su parte, Harold Laski en su obra "La libertad en el Estado moderno", nos dice que la libertad es "la ausencia de coacción sobre la existencia de aquellas condiciones sociales que, son las garantías necesarias de la felicidad individual".[13] Nótese que el Pontífice habla de una dignidad que somete al hombre a su propia opinión y lo convierte en dueño de sus actos; Laski en otras palabras concluye lo mismo, ya que resuelve el problema limitándolo a la ausencia de coacción.

Ambos conceptos se funden y complementan en aras del respeto a la dignidad humana y esta condición únicamente la ostentan quienes sean libres.

Es importante traer a colación el artículo 33 de la Constitución Política costarricense que garantiza la igualdad ante la ley en aras del respeto a esa dignidad y esta última solo la posee quien sea libre. Pero no hay que llamarse a engaño, igualdad no es sinónimo de libertad, pues es bien conocido que hombres iguales en regímenes despóticos no son libres.

Por ello, hombre, libertad, igualdad y dignidad son valores inseparables. Existirá hombre digno en la medida en que exista libertad. La desaparición de la última conlleva el fin del primero y por ende, la segunda no pasará de ser un concepto abstracto determinado por la ausencia de destinatario.

En conclusión, "renunciar a la libertad es renunciar a la condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun a los deberes".[14]

Esta irrenunciabilidad de la libertad obliga a proteger y fortalecer ciertas limitaciones que se han erigido en su beneficio.

Así tenemos los necesarios controles que se le han debido imponer al poder público para eliminarle su apetito conculcador y obligatoria que se constituya en garante de la misma.

Sin embargo, también los miembros de la sociedad deben estar sujetos a limitaciones en el disfrute de su libertad en la intención de que no se conviertan en cercenadores de la que corresponde a sus semejantes.

Para finalizar es oportuno recordar que en los regímenes totalitarios (de izquierda y de derecha) se irrespeta y menosprecia la libertad por "temor a la anarquía" y es por ello que en nombre de la destrucción del desorden se anula al ser humano.

---

11. Stuart Mill, J. *La libertad,* Librería de Fernando Fe, Madrid, 1890, pág. 24.
12. Sánchez Viamonte, C. *La libertad y sus problemas,* Impresores El Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 25.
13. Laski, Harold J. *La Libertad en el Estado moderno,* Editorial Abril, Buenos Aires, Argentina, 1946, pág. 17.
14. Rousseau, J.J., *op. cit.,* pág. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DERECHO DE DEFENSA EN COSTA RICA

A. Sistema político.

Nuestra Constitución Política en su artículo primero declara que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente. Debe entenderse que se trata de una democracia liberal donde el hombre ocupa un primer plano frente al Estado y éste funciona en su beneficio, garantizándole fundamentalmente su libertad. La anterior aclamación se hace por cuanto algunos regímenes despóticos también se sirven de la palabra "democracia" aunque los ciudadanos ocupan un segundo plano y la libertad brilla por su ausencia.

B. Sistema procesal.

Llevan razón quienes afirman que el Proceso Penal va paralelo al sistema político imperante en cada nación. Por eso, partiendo del estudio del sistema procesal se arribará necesariamente a las costas del totalitarismo (de izquierda o de derecha) o de la democracia.

Costa Rica, en consonancia con el sistema de democracia liberal imperante y como lógica consecuencia del mismo, cuenta con el sistema procesal penal mixto con predominio de los caracteres del sistema acusatorio, en el cual al imputado se le rodea de toda clase de garantías; a su indagatoria se le da el valor de medio de defensa y en general el derecho a la misma es garantizado en forma plena y efectiva.

Es así como al imputado se le garantiza que no está obligado a declarar contra sí mismo y que no será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas o de confiscación (artículos 35 y 40 de la Constitución). Todo lo contrario ocurre en los gobiernos despóticos y totalitarios, donde el derecho de defensa decrece hasta llegar casi a su extinción.

C. Artículo 39 de la Constitución Política.

> "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente PREVIA OPORTUNIDAD CONCEDIDA AL INDICIADO PARA EJERCER SU DEFENSA y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. . .".

En tan breves líneas están contenidos varios principios fundamentales cuyo fin es el de garantizar el respeto a la libertad del individuo. Concurren en ella, los principios de legalidad e inocencia, la prohibición de ser juzgado por tribunales especiales y el derecho de defensa. El principio de legalidad es desarrollado en el artículo primero del Código Penal, el cual a la letra dice:

"Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente".

Por su parte, la prohibición de someter a las personas a fueros especiales está expresamente regulada en el artículo 35 de la Constitución y desarrollada ampliamente en el artículo 1º del Código de Procedimientos Penales. Al respecto veamos:

Art. 35 Constitución Política:

"Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución".

Art. 1º Código de Procedimientos Penales:

"Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código, ni juzgado por otros tribunales que los instituidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. . .".

La defensa que garantiza el supracitado artículo 39 comprende tanto la material como la técnica o formal, siendo esta última obligatoria e irrenunciable, tal y como en su oportunidad se había explicado. En el Código Procesal Penal se establece toda su regulación y se sanciona con nulidad absoluta su inobservancia en lo que se refiere a "la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece". Tan grave se considera esa violación procesal que será declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso (inc. 3º del art. 145 y 146 in fine del cuerpo de leyes en mención).

Con lo antes expuesto queda establecido que en el sistema mixto que nos rige, el derecho de defensa encaminado a proteger la libertad, es reconocido desde el primer momento del proceso, de manera tal que siendo la defensa un elemento esencial del mismo, éste no podría existir sin la intervención de aquélla.

El artículo 20 de la Constitución Política declara que todo hombre es libre en la República y que por ende en nuestro territorio no puede haber

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esclavos. Esa libertad proclamada a través de la Ley Fundamental es la que se protege dentro del proceso con el derecho de defensa tantas veces mencionado. Sin embargo, esa libertad también se protege cuando es limitada extraproceso y para ese fin se han establecido prohibiciones y remedios. La prohibición está prevista en el artículo 37 de la Carta Magna, el cual en forma expresa señala que "Nadie podrá ser detenido sin un INDICIO COMPROBADO de haber cometido delito. . .". No obstante, si la autoridad incurre en esa arbitrariedad, el administrado cuenta con el recurso de hábeas corpus, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia (art. 48 de la Constitución Política).

Huelga manifestar que este recurso también se puede ejercitar durante la tramitación del proceso.

D. Igualdad ante la ley y derecho de defensa.

La redacción del artículo que consagraría la igualdad ante la ley suscitó gran discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Uno de los textos propuestos fue el siguiente:

"Todo hombre es igual ante la ley, sin perjuicio de darle protección especial en razón de las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social".[15]

Con razón se ha dicho que la igualdad es una tentativa de dar a cada hombre una oportunidad similar para el ejercicio de todas las facultades que pueda poseer. Debe garantizarse la seguridad de que las oportunidades de ningún hombre serán sacrificadas en beneficio de otro, salvo cuando así lo exija el interés social. Del mismo modo se ha afirmado que la igualdad jurídica no es correlativa de igualdad humana. Por cuanto no todos los hombres son de la misma raza, ni tienen la misma capacidad intelectual, no todos logran alcanzar la misma instrucción, ni todos tienen la misma capacidad económica. Precisamente la igualdad ante la ley asegura al individuo que en igualdad de circunstancias, esas diferencias derivadas de su naturaleza física y de la organización social, jamás devendrán en discriminaciones.

El texto de la garantía que actualmente nos rige es el siguiente:

"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana" (art. 33). La disposición producida en el año 1949 simplemente se limitaba a establecer que "todo hombre es igual ante la ley". En torno a esta igualdad, en forma reiterada la Corte Plena ha resuelto que:

"El principio de igualdad ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales".[16]

El derecho de defensa en la forma que fue concebido, desarrollado y garantizado por nuestras leyes, constituye el instrumento idóneo indispensable, puesto al servicio del hombre para que ese principio de igualdad cobre vida en las personas que son sometidas a juicio. A través de esa defensa técnica y material, obligatoria e irrenunciable se pretende conseguir el equilibrio necesario que debe mediar entre el órgano acusador y el imputado. Dicho equilibrio sólo se puede conseguir si entre esos dos sujetos esenciales del proceso existe "igualdad de armas". Sin entrar a analizar algunos recursos con que cuenta el Ministerio Público y que lo colocan en una situación de superioridad (auxilio de Policía Técnica Judicial), en el aspecto jurídico ambos deben estar en un mismo plano desde el punto de vista de los conocimientos de la ciencia del Derecho y es por ello que deben ser abogados capaces de "poder hacer llegar al Tribunal con la misma eficacia las razones susceptibles de provocar una decisión justa. . .".[17] No debemos olvidar que la igualdad ante la ley en materia penal se consolida con el derecho de defensa ejercido en la forma que antes se expuso; pero surge de nuevo un peligro para esa garantía derivado de la desigualdad económica de los individuos. El Estado no puede cerrar los ojos ante

15. *Actas Asamblea Nacional Constituyente*, II tomo, pág. 449.

16. Arguedas, Carlos Manuel. *Constitución Política de la República de Costa Rica (anotada y concordada)*, Editorial Costa Rica, San José, pág. 82.

17. Vélez Mariconde, *op. cit.*, pág. 381.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esa realidad económico-social y es por ello que en el caso concreto de Costa Rica se conminó el peligro mediante la creación de dos institutos jurídicos, a saber:

1) Defensa pública
2) Defensa de oficio.

1. El artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

"Los Defensores Públicos son funcionarios dependientes del Poder Judicial, de nombramiento de la Corte Plena y tendrán a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas. . .".

La filosofía del anterior precepto se resume en asegurar la defensa técnica eficiente y gratuita a quienes se encuentren incapacitados económicamente para sufragar los gastos que se derivan de la contratación de los servicios profesionales de un abogado. Para cumplir con ese cometido existe un Departamento de Defensores Públicos con oficinas en todo el país.

2. El artículo 136 de la citada ley señala que "En las jurisdicciones territoriales donde no exista Defensor Público nombrado por la Corte, la defensa de los procesados a que se refiere el artículo 133, estará a cargo de Defensores de oficio, de nombramiento del funcionario que conozca el asunto".

Al respecto es importante aclarar que en la actualidad prácticamente en todo el territorio nacional existen defensores públicos, pero en todo caso su ausencia se suple con la del defensor de oficio, quien cumple la misma función. También este último actúa en los casos en que surgen intereses contrapuestos y cuando la cantidad de defensores públicos es insuficiente para asumir la totalidad del trabajo. Para satisfacer esa necesidad se establece la obligatoriedad de los abogados, bachilleres en leyes y procuradores judiciales de aceptar hasta dos defensas simultáneas y gratuitas.

CONCLUSIONES

Del estudio anterior se pueden anotar las siguientes conclusiones:

1. Costa Rica es una democracia de corte liberal donde la autoridad se debe ejercer en función del beneficio que de ella puedan derivar los administrados. Sin embargo cuando los detentadores del poder se extralimitan, los ciudadanos cuentan con los mecanismos necesarios para obligarlos a enrumbarse por el camino de la legalidad.

2. Existe el sistema procesal penal mixto con caracteres predominantes del acusatorio como una consecuencia lógica y esperada del sistema político imperante.

3. Posee una Constitución-Ley en lo que atañe al Capítulo de Derechos y Garantías Individuales.

4. El derecho de defensa constituye un medio real y efectivo al servicio del hombre, cuya finalidad es la de garantizarle su libertad entendida en sentido lato, y por ende, su dignidad humana. Con ella se logra también el fiel cumplimiento de otro precepto constitucional muy importante, cual es la igualdad ante la ley.

5. En aras del respeto a esa igualdad, al derecho de defensa y a la dignidad humana, cuenta con los institutos de la defensa pública y de oficio, cuyo fin es el de dotar de protección legal a los hombres desvalidos física, mental y económicamente. Con esos instrumentos se pretende hacer realidad el equilibrio necesario que debe existir en la Administración de Justicia.

6. Si bien todo parece indicar que los resultados obtenidos en este campo han sido positivos, muy lejos estamos de la perfección, y es por ello que no debemos cegar en nuestra obligación de mejorar las leyes e instituciones que regulan la materia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

TRATADOS:

Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional,* Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

Hauriou, André. *Derecho Constitucional e instituciones jurídicas,* Ediciones Ariel, Barcelona, 1971.

Laski, Harold J. *La libertad en el Estado moderno,* Editorial Abril, Buenos Aires, Argentina, 1946.

Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social,* Traducción de Juan Mario Castellanos, Editorial Universitaria Centroamericana, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1973.

Sánchez Viamonte, Carlos. *La libertad y sus problemas,* Impresores El Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 1961.

Stuart Mill, John. *La libertad,* Librería de Fernando Fe, Madrid, 1980.

Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal,* tomo II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.

LEYES Y REGLAMENTOS:

Código de Procedimientos Penales, Impresos Mil Copias S.A., San José, Costa Rica, 1976.

Código Penal y Leyes Conexas, Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 1972.

Constitución Política de la República de Costa Rica, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1976.

Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada y concordada por Carlos Manuel Arguedas, Editorial Costa Rica, San José, 1981.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Librería, Imprenta y Litografía Lehmann, S.A., San José, Costa Rica, 1974.

Reglamento de Defensores Públicos, Imprenta del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1970.

DOCUMENTOS:

Actas Asamblea Nacional Constituyente, tomos I, II y III, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN COSTA RICA*

DR. JULIO B.J. MAIER

La República de Costa Rica ha reformado toda su legislación penal. Y lo ha hecho, precisamente, siguiendo los modelos recomendados en Latinoamérica para la reforma o unificación de su legislación. En el derecho penal material siguió de cerca al Código Penal Tipo, mientras que en materia de derecho formal tomó como modelo al Código de Procedimientos Penales para la Prov. de Córdoba —y la legislación que él inspiró en diversas provincias de la República Argentina—, modelo recomendado como núcleo y punto de partida para un Proyecto de Código Tipo en el último Congreso continental reunido en Colombia. De allí que la legislación penal costarricense nos toque tan de cerca, demostrando incluso a los espíritus poco emprendedores y evolucionados de nuestro país el atraso casi increíble que sufre la ley procesal penal que rige en la Capital de la República, Territorio Nacional y Justicia Federal y la existencia de modelos internos suficientes para desarrollar su reforma.

El Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica se sancionó por Ley 5377, de fecha 19 de octubre de 1973; su artículo 549 ordenaba el comienzo de su vigencia para seis meses después de su publicación, pero finalmente comenzó a regir el 1 de enero de 1975, al reformarse el precepto mencionado por Ley 5499, del 22 de abril de 1974. La ley 5712, del 11 de julio de 1975, introdujo reformas sin importancia mayúscula para el sistema —arts. 5, 163, 297, 370, 535, 683 y se agregaron disposiciones transitorias—, en su mayoría equivocadas. Complementa al Código la Ley 5711, de junio de 1975, "sobre jurisdicción y competencia de los tribunales", una verdadera Ley de Organización Judicial, aunque incompleta.

Si bien es discutible el modelo que utilizó la legislación penal costarricense para la reforma, no parece posible la misma afirmación en torno de la ley procesal penal: el Código para la Prov. de Córdoba, al decir del más erudito jurista de habla hispana en la materia, el profesor don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, representa para Latinoamérica un modelo inigualable, a la altura de los mejores del mundo, sin perjuicio de la posibilidad de su mejora supliendo algunas carencias, renovando alguna de sus instituciones y, aunque fuera de su articulado específico, complementándolo con una muy meditada Ley de Organización Judicial, principal falla en su aplicación hasta el momento. Ese instrumento legal tiene su antecedente principal en el Código italiano de 1913 que le trasmite todo su espíritu liberal y sus principales instituciones y en la depurada técnica del Código italiano de 1930, del cual, prudentemente, no toma los desvíos que aconsejó el régimen político entonces imperante en la península; otras influencias menos genéricas, aunque no por ello sin importancia, provienen del derecho español (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1882), alemán (Ordenanza Procesal Penal de 1879), austríaco (Ordenanza Procesal Penal de 1873), y, en realidad, a través de ellos, del derecho francés, verdadero renovador del

* Revista Trimestral. DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Director: Ricardo Núñez. Ed. Depalma - Buenos Aires. (2do. trimestre) 1977.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho procesal penal continental europeo a partir del Código napoleónico de 1808; en nuestro país fue el Proyecto Antelo para la Nación su antecedente inmediato, lamentablemente fracasado en su intento, que ya recogía los antecedentes citados. De tal modo el Código de la República de Costa Rica se enrola decididamente en el núcleo de la mejor legislación latinoamericana —antes incluso que nuestra legislación para la Nación, pese a la existencia del modelo nacional— y mundial, recibiendo a través del Código para la Prov. de Córdoba lo mejor que podía ofrecernos el ámbito cultural más próximo y la madura reflexión del pensamiento autóctono. Que critiquemos algunas de sus soluciones y señalemos algunas de sus carencias no mengua su valor como instrumento apto para la realización del derecho penal con observancia de las limitaciones que impone el Estado de derecho.

El Código comienza por una parte general (libro primero) incompleta, según veremos, por inclusión de materias que le son propias en otros libros. Resalta allí su título I, en el cual se recogen en un par de disposiciones todos los pilares de un moderno ordenamiento procesal penal orientado hacia la salvaguarda de la dignidad personal. Su artículo 1 desarrolla el *nulla poena sine iuditio,* el principio de inocencia, el del juez natural y el *ne bis in idem;* más adelante tendrá amplia realización la garantía de la defensa, aun durante la ejecución penal. Del mismo tono es la disposición que obliga a interpretar restrictivamente todo precepto que coarte la libertad personal o que limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso (art. 3).

El procedimiento común resulta estructurado en tres fases distintas con diversos fines específicos: *a)* la *instrucción* o *procedimiento preliminar,* adoptándose como regla el sistema de la *instrucción jurisdiccional* (art. 184) presidida por un juez de instrucción con facultades de *investigación judicial autónoma* (art. 186) y *discrecional* (art. 196) ante quien actúa el ministerio público y los demás intervinientes —imputado, defensor, partes civiles, etc.— (art. 196), y, como excepción, la llamada *citación directa* (arts. 401 a 414) —sobre la que luego volveremos—, esto es, la investigación penal preparatoria en manos del ministerio público *(procedimiento preparatorio del ministerio público),* cuyo fin específico es el de dar base a una acusación o, de lo contrario, determinar el sobreseimiento, evitando de esta manera juicios inútiles o aclarando el material que se utilizará en el juicio; de allí, como veremos, su carácter preparatorio; *b)* el *procedimiento intermedio* —sobre el cual también volveremos en la crítica—, cuyo fin está constituido por el control jurisdiccional de los actos del ministerio público que culminan la instrucción jurisdiccional valorando sus resultados; y *c)* el *juicio* o *procedimiento principal,* cuyo eje central es el *debate* y su fin específico la decisión de todas las pretensiones (la persecución penal y eventualmente la civil) hechas valer en el proceso.

Las principales virtudes del Código dependen de su acierto central: la regulación de un *juicio oral, público, contradictorio y continuo.* Él resulta esencial para lograr las dos metas que persigue el derecho procesal penal actual: lograr la verdad histórica como base única de actuación del derecho penal en un marco de respeto a la dignidad humana compatible con el Estado de derecho. Este juicio, cuya bandera de lucha contenía los lemas de la *oralidad* y *publicidad* del procedimiento (Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege,* Giessen, 1821-1825) y cuyo principio formal rector se menciona como el de la *unidad del debate y la sentencia* (resumiendo allí los fines políticos de su realización —publicidad del procedimiento y limitación de la fuente de conocimiento a lo sucedido en el debate público y contradictorio, la llamada *inmediación*— y los medios para hacerlos efectivos —oralidad, continuidad y concentración e identidad del juez o jueces de fallo con aquel o aquellos que presenciaron el debate—), se estructura en tres etapas diferentes: *a)* los *actos preliminares* (arts. 349 a 358), que sirven como preparación del momento siguiente; *b)* el *debate* (arts. 359 a 391), eje central alrededor del cual gira la regulación del juicio; y *c)* la *sentencia* (arts. 392 a 400), decisión para cuyo logro se realiza todo el procedimiento. Ese juicio y los principios que lo rigen logran las demás virtudes del procedimiento: *a)* la concepción de la instrucción como etapa *preparatoria* del procedimiento en el sentido principal de que sus actos solo tienen como fin fundar el cierre anticipado de la persecución penal (sobreseimiento) o, en caso contrario, la acusación sobre cuya base (objeto y límite) se llevará a cabo el juicio penal, evitando de esa manera que esos actos sirvan para fundar la sentencia con la cual éste culmina; *b)* la regulación de los *actos definitivos e irreproductibles* (arts. 191 y 353), que por su naturaleza pueden ser incorporados al debate y se realizan con anterioridad a él, como actos formales presididos por un juez y controlados por el defensor y el acusador, con anticipo posible de la regla de la inmediación; y *c)* la apertura de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

instrucción a la defensa y al contradictorio con fuerte limitación del secreto y del rigor inquisitivo que la caracterizaba históricamente (arts. 193 a 195).

El Código acepta, con razón, el ejercicio de la acción civil que emana del delito en el procedimiento penal (arts. 56 a 79), lo que significa economía jurisdiccional y procesal como lo reconoce la actual legislación comparada. Disciplina también los procedimientos especiales necesarios, un juicio correccional para delitos leves similar al juicio común aunque simplificado, al que llama *juicio ante el juez penal* (arts. 415 a 422) por la característica de realizarse ante un juez unipersonal en lugar de ante un colegio de jueces como el juicio común, un *juicio de faltas y contravenciones* (arts. 423 a 427) ya muy simple y breve, en donde el *reconocimiento de la culpabilidad,* algo más que la confesión y menos que el allanamiento, juega un papel preponderante, y un *juicio por delito de acción privada* (arts. 428 a 446) con sus características particulares emanadas de la utilización del sistema de las acciones para la persecución penal. Prescindimos aquí de la *citación directa,* a la que se ubica erróneamente en este título, como lo hace la última legislación argentina, para responder falsamente en el ámbito nacional a una opinión que critica la institución con argumentos aun más falsos:

Los recursos —revocatoria (arts. 460 a 462), apelación (463 a 470), casación (arts. 471 a 485) y revisión en favor del condenado (arts. 490 a 499)— vienen precedidos por *disposiciones generales* (arts. 447 a 459) que conforman una verdadera parte general sobre el tema, disciplinando sin olvidos el acto de interposición (forma, plazo y contenido), su rechazo o inadmisibilidad por la invalidez del acto como tal, la extensión de la competencia del tribunal que decide el recurso y sus efectos. El libro V se dedica fundamentalmente a la *ejecución penal,* destacándose la intervención del defensor en todos los incidentes de ejecución, pero contiene también las disposiciones relativas a la ejecución civil y a las costas.

Los defectos que se observan pueden clasificarse en tres estratos diferentes: *a)* las carencias o falta de previsiones legislativas, *b)* los estructurales o sistemáticos, y *c)* los de contenido o materiales. Entre los primeros surge nítida la ausencia de un procedimiento principal (juicio) destinado a discutir la procedencia de una medida de corrección o seguridad para aquellos casos en que se excluye de inicio todo análisis de la cuestión de culpabilidad. Así resultará que a los inimputables, por ej., se les aplicará una medida de seguridad o corrección sin debate previo y sin defensa conveniente sobre su necesidad y proporción ya en las etapas preliminares del procedimiento, luego de sobreseer.

Entre las deficiencias sistemáticas dos son las principales. La primera es la reincidencia en tratar dentro de una etapa del procedimiento la instrucción, toda la teoría de la prueba y los medios de prueba que pertenecen a la parte general, y no al procedimiento, lo que provoca no pocas dificultades de coordinación e interpretación, pese al precepto de remisión (art. 378) que contiene el juicio, como, por ejemplo, la solución a la pregunta de si los dictámenes periciales deben expedirse siempre por escrito (art. 249). La segunda es la errónea ubicación del procedimiento preparatorio del ministerio público —citación directa— entre los procedimientos especiales. Esto tiene que ver con la tendencia de negar a la citación directa el carácter de instrucción o procedimiento preliminar al juicio para responder así (con razones más que formales y falsas) a la minoría de la opinión nacional que exige, por razones constitucionales oscuramente formuladas —o, mejor dicho, afirmadas y no fundadas—, que tal procedimiento sea presidido por un juez. No es este el momento de responder nuevamente a esta cuestión que frente a la legislación comparada solo resulta un debate de "entrecasa" en los límites en que se lo ha planteado —ya lo hemos hecho extensamente en *La investigación penal preparatoria del ministerio público,* Ed. Lerner, 1975—, pero sí de observar lo lamentable que resulta que un código extraño al ámbito nacional haya recibido los efectos de una discusión de "entrecasa". Y lamentablemente los ha recibido por partida doble, porque la limitación con que se practica el procedimiento preparatorio del ministerio público en nuestro país, precisamente por causa de esta discusión interna, se refleja en el Código costarricense impidiendo que ese procedimiento preliminar ocupe el lugar que le corresponde, en un procedimiento ágil y moderno, el de regla indiscutida para este momento del procedimiento, dejando para la instrucción jurisdiccional los casos graves y de difícil investigación, siempre la excepción. La excelente regulación del control judicial en los actos definitivos e irreproductibles (art. 405), en las medidas de coerción (arts. 406 y 410) y en otras que afectan las libertades individuales (arts. 209, 216, 220, 222 en relación con el art. 404, II) y la amplia posibilidad de intervención defensiva (arts. 407 y 413) autorizaban esta solución amplia. Por cierto, esto no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tiene que ver con el error de ubicación sistemática del instituto, pero, por su conexión a la razón de ser del error, preferimos anticipar su tratamiento a las críticas que siguen, pertenecientes a otro rubro.

Lo contrario sucede con la privación de la libertad locomotiva en el proceso penal. Allí hay muchas fallas estructurales, pero como ellas no son las únicas y menos las mayores, sino, al contrario, las conceptuales, preferimos incluirlas en este rubro dedicado a los defectos de contenido. Las medidas de coerción, en especial el encarcelamiento preventivo, siempre han sufrido los embates de aquellos que sueñan con transformarlas en una pena anticipada. Pese a que resulta evidente que el Código costarricense parte del principio inverso y correcto (art. 265), al llegar a la regulación específica incurre en inconsecuencias graves. Los "límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley", únicos fines que justifican la restricción de la libertad (art. 265) de un declamado "inocente" (art. 1), no pueden establecerse en relación con la pena que en abstracto conmina la ley penal para los distintos delitos imputados (arts. 291 y 297); esta relación, a lo sumo, puede ser otra de las circunstancias a tener en cuenta, nunca la única ni la más importante. Lo que interesa aquí es el caso concreto y la posibilidad de que el imputado con su comportamiento ponga en peligro, ya el descubrimiento de la verdad, ya la realización del procedimiento o de la eventual pena que pudiera corresponderle. El *peligro de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad histórica* por ocultación de rastros, acuerdo con cómplices, etc., y el *peligro de fuga,* con lo cual hará imposible la consecución de los fines del procedimiento penal, su propia realización o la ejecución de una eventual condena, son los únicos estados que justifican la coerción procesal penal. Estos estados solo se verifican en concreto, respecto de determinada persona y de determinado caso. Ellos son los que deberían presidir la regulación del encarcelamiento preventivo y de las medidas que permiten reemplazarlo con efectividad —cauciones, vigilancia de la autoridad, etc.— y, lamentablemente, han quedado reducidos a un oscuro papel, más que secundario, en la disciplina de la materia (arts. 300, 301, 312 y 315).

La regulación del encarcelamiento preventivo, además, sufre complejidades innecesarias. Dos institutos de polo contrario, la prisión preventiva y la excarcelación —para reducir el problema excesivamente complicado si se piensa en la detención antes del procesamiento—, intentan balancearse para resolver un único problema, el de reglar la posibilidad —excepcional según regla general se dispone— de que el imputado sea privado de su libertad, cuando, en realidad, solo hacía falta crear en un capítulo único aquellas medidas que permitan asegurar que el imputado no entorpezca los fines del procedimiento y admitir, para casos excepcionales en que ello no pueda lograrse por otros medios, el encarcelamiento preventivo. Que se obligue al juez a tomar una decisión al respecto en algún momento del procedimiento no implica la necesidad de disponer el encarcelamiento automático no bien se fijen ciertas premisas abstractas —el delito atribuido y la entidad de su pena máxima— y luego otorgar al imputado el derecho a solicitar su "excarcelación"; mucho más racional sería que el juez decidiera la verdadera necesidad de someterlo a una medida de coerción determinada —vigilancia de la autoridad, cauciones, encarcelamiento preventivo, etc.— conforme a parámetros concretos y sencillos de la ley procesal referidos a los fines del procedimiento, evitando el juego combinado de dos instituciones de peso y contrapeso; todo ello sin perjuicio del derecho del imputado a impugnar la medida o de la regulación de un procedimiento especial para el examen de estos presupuestos, incluso periódico en plazos fijados de antemano por la ley, en el que deban verificarse nuevamente y en detalle los presupuestos que hicieron viable el encarcelamiento. La ley parece, sin embargo, haber comprendido su propia absurda complejidad al posibilitar la excarcelación de oficio —esto es, la no privación de la libertad, aunque protocolarmente conste ridículamente el encarcelamiento e inmediata excarcelación— para evitar la detención cuando sea indudable su procedencia (art. 305).

Es lamentable también que los códigos latinoamericanos no limiten el tiempo máximo que puede durar la prisión preventiva. No se comprende bien la desconfianza que el Código costarricense tiene en sus jueces penales —¿o será un excesivo celo por el encarcelamiento?— al obligar a un procedimiento de *consulta* con un tribunal de apelaciones, cuya decisión se conoce dentro del plazo de dos días, para toda concesión de excarcelación, suspendiendo la ejecución de la decisión del juez hasta que no sea homologada (art. 310); a fuer de sinceros la desconfianza es grande, pues este procedimiento de consulta se emplea en numerosos casos, además del mencionado.

Se admite la indagatoria policial, incluso con posibilidad de asistencia al acto del defensor, con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

forme a los preceptos que disciplinan la declaración del imputado, haciendo de ella, en principio, un medio voluntario y libre de defensa (art. 164, inc. 8); empero, no surge claro, de ninguna manera, cuál es el valor de este acto para el procedimiento posterior: ¿puede introducirse al debate? Ya el problema de su admisibilidad formal suscita serias dudas en relación con el Estado de derecho conforme a nuestra experiencia.

El plazo de incomunicación (art. 197) es más que excesivo —diez días—.

Se incurre nuevamente en el error de establecer el deber —material— de abstenerse de prestar declaración testimonial (art. 229) para profesionales del arte de curar, ministros de un culto, abogados, notarios y funcionarios públicos cuando los hechos sobre los cuales versará el testimonio tengan relación con la obligación de guardar el secreto particular u oficial. Con ello no se logra más que cambiar la función de la regulación procesal, estableciendo deberes generales de comportamiento que no resultan amparados allí por ninguna sanción personal, y ello a riesgo de eventuales colisiones con la ley material —a cuya materia pertenecen propiamente estas disposiciones—, que normalmente establece un deber más amplio, del que la declaración durante el proceso sólo constituye un caso particular. La solución es la facultad de abstenerse, regulada en los artículos anteriores. Peor, en este sentido, es aún la decisión que sigue sobre el bien jurídico al establecerse que la liberación de guardar el secreto por el titular obliga al testigo a declarar, solución que, aunque pueda compartirse, implica nuevamente tomar decisiones que no corresponden a la ley procesal.

En el sobreseimiento (arts. 318 y ss.) existe una descoordinación en el texto que hace imposible su inteligencia, por lo menos para un extraño. Se habla de dos tipos de sobreseimiento, el total y el parcial (art. 318), y se aclara que el total "cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta" (art. 319); luego se establecen los motivos del sobreseimiento total (art. 320) y sus efectos (art. 324). ¿Qué significa el sobreseimiento parcial?, ¿cuál es su valor?, ¿cuáles sus motivos y efectos?

Los defectos del procedimiento intermedio (arts. 338 y ss.) son comunes a la legislación de recepción. No existe un tribunal independiente que juzgue sobre la seriedad de los fundamentos y la corrección formal de las conclusiones del ministerio público sobre el mérito que le ofrece la investigación preliminar, sino que es el mismo juez de instrucción el que toma la decisión al respecto, con lo que la etapa se transformará, irremediablemente, en un motivo de demora del procedimiento sin otra utilidad práctica, como ya lo ha demostrado la praxis argentina. Por este motivo se ha reducido considerablemente el fin del procedimiento intermedio limitado a censurar solamente la acusación, y no el pedido de sobreseimiento. Esto trae aparejado, prácticamente, al decidir sobre el sobreseimiento el superior jerárquico en la vía del ministerio público (art. 347), otorgar al acusador facultades decisorias formales que le son extrañas, con lesión de la regla del control jurisdiccional de la legalidad de sus actos. Se excluye del control a los requerimientos conclusivos de la citación directa, justamente cuando, por falta de censura jurisdiccional previa, el procedimiento sería más útil para evitar juicios que no partan de una acusación formalmente válida y seriamente fundada.

La deliberación y votación escalonada en la sentencia de un tribunal colegiado (art. 393) llega a resultados absurdos cuando la mayoría obliga a la minoría a seguir votando pese a que la última ya arribó a la absolución por una cuestión anteriormente tratada (por ej., el hecho es atípico); en la próxima cuestión puede suceder que uno de los miembros de la anterior mayoría coincida con la absolución aunque por otro motivo (afirmando, por ejemplo, que la acción no es antijurídica) y, sin embargo, el antiguo miembro en minoría que ya había arribado a la absolución no comparte ahora esta opinión e integra la opinión en mayoría en esta otra cuestión (que afirma la antijuridicidad). Así, sucesivamente, puede llegarse a contar con tantos votos absolutorios —por distintos motivos— como miembros del tribunal y, no obstante, arribarse a una condena cuando parece evidente que corresponde absolver. La llamada votación total es la aconsejable para decidir la cuestión de culpabilidad, por lo menos. Problemas aun mayores surgen con los delitos que contienen circunstancias agravantes, por lo que conviene dejar abierta la regulación jurídica en este punto o, por lo menos, no adoptar el sistema escalonado como lo hace el Código.

He dejado para el final el sistema de nulidades (arts. 144 a 151) porque su solución representa una de las cuestiones más controvertidas, no solo en el derecho procesal sino en la teoría del derecho. El Código se adhiere al sistema de conminación expresa (art. 144), que pretende algo así como el trasplante del principio *"nulla poena nullum crimen sine praevia lege"* —despojado de toda su

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

connotación político-jurídica—, al ámbito procesal, determinando los vicios relevantes por la amenaza de nulidad. El sistema, pese a haber aportado un progreso notable entre nosotros en la aplicación de la nulidad, parece no resistir la crítica. En efecto, no se trata aquí de describir en abstracto un injusto, esto es, las características de una clase de acción u omisión regularmente contraria al derecho (antijurídica), y con ello establecer un comportamiento obligatorio, sino de definir algunos comportamientos —dentro del campo de las acciones humanas plenamente lícitas— que integran el procedimiento y tienen ciertos efectos jurídicos particulares. En el tipo de estas acciones y omisiones se describe también el *sujeto* que debe realizarlas, la *acción* en sí misma y su *forma* específica; del otro lado el efecto jurídico que logran cuando se realizan conforme a derecho. La nulidad o las demás mal llamadas sanciones procesales solo cumplen la función de declarar la invalidez del acto para conseguir determinados efectos jurídicos cuando no se realizó conforme a las previsiones legales, lo que no implica que la acción sea antijurídica ni que deje de tener otros efectos jurídicos. La nulidad, o las demás "sanciones procesales" que cumplen su mismo cometido, va indisolublemente unida a la definición de ciertas acciones como originantes de ciertos efectos jurídicos. Es por ello que afirmar que solo se declararán nulos los actos procesales cuando no se observen las disposiciones expresamente previstas bajo pena de nulidad (art. 144), importa tanto como declamar festivamente que hay otras disposiciones —no otros actos— sin sentido para el valor de los actos. De todos modos, esto no sucede así, pues resulta evidente para la doctrina mayoritaria la existencia de ciertas nulidades "virtuales" (fuera de las expresamente previstas) y la obligada referencia a las categorías generales de los actos jurídicos. Se trata aquí de que toda acción u omisión que no ingresa en la clase prevista por la ley para lograr ciertos efectos jurídicos no es idónea, en principio para conseguirlos, lo que no empece la posibilidad de que efectivamente los logre cuando se hace depender la declaración de invalidez de la voluntad de cierta persona con determinado "interés" en la validez o invalidez del acto, técnica jurídica general aplicada en todos los campos del derecho. Las demás previsiones que no hacen a la validez del acto pierden toda importancia; son, para tratarlas mal, inútiles.

Aunque no conozca ni a la República de Costa Rica ni a los hombres que se encargarán de poner en funcionamiento este Código, me animo a expresar que él implicará un notable progreso para la ciencia y la práctica jurídica costarricense. Así lo vio y lo vería hoy el inspirador de todo el movimiento de reforma que hizo posible el Código para la Provincia de Córdoba y los demás que le sucedieron: Alfredo Vélez Mariconde.

* * *

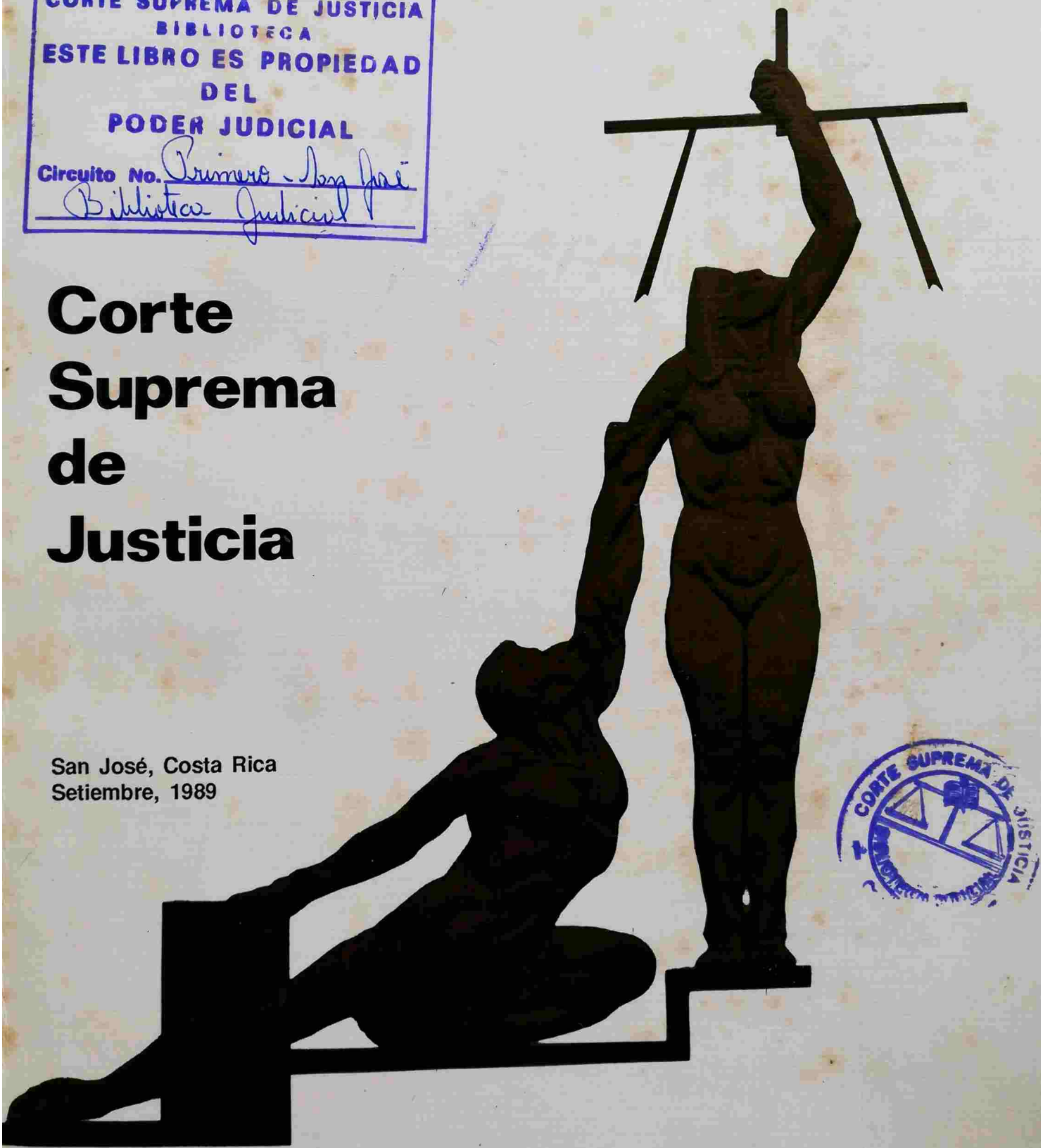
AÑO XIV Nº 47

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No. Primero - Sn José
Biblioteca Judicial

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Setiembre, 1989

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año XIV — Núm. 47 — Setiembre, 1989

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Magistrado Édgar Cervantes Villalta

SECCIÓN I: DOCUMENTOS

"Acuerdos de Corte Plena, del Consejo Directivo de la Escuela Judicial y de la Subcomisión Organizadora. Programa y publicaciones de la prensa nacional. Informe final del Consejo Directivo de la Escuela Judicial" 9

Informes de Comisiones 25

SECCIÓN II: ESTUDIOS

La prueba indiciaria en el proceso penal 39
Lic. Óscar Fonseca Montoya

Perspectivas de reforma al Código de Procedimientos Penales 47
Dr. Daniel González Álvarez
Dr. Luis Paulino Mora Mora
Dr. Mario Houed Vega

Apreciación de la prueba en el proceso penal 55
Lic. Róger Bravo Álvarez

El concepto de acción en nuestro Código Procesal Civil 69
Dr. Daniel González Álvarez

"Non bis in idem" 83
Lic. R. Enrique Meza Chaves

Fundamentos constitucionales de la defensa 89
Lic. Daniel Salazar Villegas

La reforma del procedimiento penal en Costa Rica 101
Dr. Julio B. J. Maier

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN III: RESEÑA BIBLIOGRÁFICA
Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano (PROF. SANDRO SCHIPANI) 109
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN IV: INFORMACIÓN NORMATIVA 113
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN V: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES 117
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN VI: JURISPRUDENCIA 123
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

El Código de Procedimientos Penales actual, emitido por Ley Nº 5377 de 19 de octubre de 1973, entró en vigencia el 1º de julio de 1975. Significó un cambio sustancial en nuestro sistema procesal penal, al establecer, entre otras cosas, el juicio oral y público.

El Consejo Directivo de la Escuela Judicial y la Comisión de Asuntos Penales con la aprobación de la Corte Plena, acordaron en su oportunidad una serie de actividades en "Celebración del 10º Aniversario de Vigencia del Código", que se verificaron durante dos semanas comprendidas del 8 al 19 de julio de 1985, con el propósito de una evaluación crítica de los diversos aspectos de ese cuerpo legal, para detectar problemas teórico-prácticos y encontrar soluciones.

Las actividades se realizaron con gran éxito y parte del material que en ellas se produjo, se publica en esta edición de la Revista Judicial.

Lic. Édgar Cervantes Villalta
Magistrado