

Informe de Investigación

TÍTULO: INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal	Descriptor: Defensa
Tipo de investigación:	Palabras clave: Defensa, Inviolabilidad de la Defensa, Garantías Procesales, Imputado.
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 16/03/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) El derecho de defensa en el juicio.....	1
3. NORMATIVA.....	13
a) Código Procesal Penal.....	13
4. JURISPRUDENCIA.....	14
a) Variaciones en los hechos acusados.....	14
b) Concepto y naturaleza jurídica.....	19
c) Violación al principio de inviolabilidad de la defensa.....	20
d) Obligación de respetar los derechos y garantías del imputado.....	23

1. RESUMEN

En el desarrollo del presente informe se aborda el tema de la inviolabilidad de la defensa dentro del proceso penal, como parte de aquel cúmulo de garantías y derechos que se reconocen al imputado. Se examinan sus principales características y componentes desde una perspectiva doctrinal, así como algunos extractos jurisprudenciales directamente relacionados con dicha temática.

2. DOCTRINA

a) *El derecho de defensa en el juicio*

[JAUCHEN, E.]¹

“Para la persona imputada de un delito y por el cual se le somete a proceso, sin duda éste es el derecho por excelencia, el supremo e inviolable derecho a defenderse, el que, más allá de su contenido genérico, implica múltiples derivaciones.

Es muy atinado sostener que: “la defensa, antes que derecho positivo, es una fuerza que tiene su origen en la oscura guarida del instinto de conservación”⁷⁷. Si bien durante negras épocas, fundamentalmente entre los siglos XIII y XVIII, el individuo padeció la negación de este derecho, como también con posterioridad en ciertos países que fueron sometidos a regímenes totalitarios, cabe destacar que el mismo no fue una consagración de la ilustración sino su restauración, pues reconoce su raigambre desde la antigüedad. En efecto, ya en el Derecho Romano reinaba el principio de que *Defensionem quocumque tempore postulanti reo negari non oportet*, esto es: “Pidiéndola el reo, no se le debe negar en ningún tiempo la defensa”⁷⁸.

Ya forzando la restauración de este derecho frente a las atrocidades de la Inquisición, enfáticamente postulaba Vol-taire: “...¡Oh jueces! Queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilítadle los medios de defenderse”⁷⁹.

En la normativa del Derecho positivo argentino está consagrado en la Constitución Nacional, la que expresamente dispone en su artículo 18 que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Fue la primera Constitución en incorporar entre sus disposiciones en forma expresa esta garantía; de las otras sólo se desprendía tácitamente.

Además, está concretamente consagrado por el artículo 75, inciso 22, en función de los artículos 99 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 82 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Normas que son todas directamente operativas. No obstante, todos los digestos procesales penales del país contienen, entre sus disposiciones generales, la enunciación de este derecho. Algunos códigos procesales incluyen disposiciones que destacan expresamente esta garantía, reglamentando así la Constitución⁸⁰.

Si bien esta garantía es aplicable a toda clase de proceso, cualquiera sea: civil, laboral, administrativo, comercial, etcétera, tiene su especial relevancia en el



proceso penal como consecuencia de la supremacía de los bienes en él comprometidos. En este último podemos definirlo como el insoslayable derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumentar en él, por sí y por medio de abogado todas las circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho que desvirtúen la acusación, con el propósito de obtener una declaración de eximición o atenuación de la responsabilidad penal atribuida.

La defensa es al mismo tiempo un derecho, un poder y una actividad⁸¹. Pues en un sentido amplio se liga al principio del debido proceso y todos los que son sus consecuencias, y en sentido restringido, es la concreta oposición a la acción penal frente a la jurisdicción. Así, el derecho de defensa no sólo es aplicable, como ya se expresó, a cualquier clase de proceso, sino también que, en el proceso penal, pertenece al imputado y a las otras partes que eventualmente intervengan en el mismo: querellante por delito de acción pública o privada, actor civil, tercero civilmente demandado y citado en garantía. Respecto al querellante conjunto o adhesivo en los delitos de acción pública, este tema está debatido, habiéndose expedido la Corte en el sentido de que su inclusión en el proceso penal por delitos de acción pública es una cuestión de los digestos procesales y no compromete ningún principio constitucional, ni siquiera el de derecho de defensa⁸². Sin embargo, con posterioridad, en oportunidad de pronunciarse en el caso "Santillán", en el que el tribunal de origen dictó sentencia absolutoria a pesar de la falta de acusación fiscal al emitir las conclusiones, aunque sí existía pedido de condena por parte del querellante, la Corte hizo lugar al recurso expresando que el criterio del tribunal a quo de considerar insuficiente ese requerimiento acusatorio era violatorio del derecho a la jurisdicción consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y de obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes⁸³. Tales expresiones de la Corte ponen de manifiesto un cambio de criterio con respecto al temperamento antes señalado, y me permite afirmar la opinión, que estimo correcta, de que el querellante de acción pública goza de la inviolabilidad de la defensa en juicio, en primer lugar porque es parte en el proceso⁸⁴, y en segundo término porque, como bien lo afirma la Corte, se trata del ofendido que tiene derecho a recurrir a la jurisdicción en procura de hacer valer sus derechos, de donde es sensato deducir que sería un contrasentido que el orden jurídico le otorgue al ofendido por el delito el derecho a ser parte en el proceso y el derecho a la jurisdicción pero le niegue el derecho de defenderse.

No acontece lo mismo con el Ministerio Fiscal, ya que éste como órgano del Estado no ejercita ningún derecho ni interés subjetivo propio sino la acción penal en representación del Estado, para lo cual tiene conferidas por la ley facultades y atribuciones para el debido cumplimiento de su función específica de persecución

penal. El derecho de defensa, por el contrario, está precisamente concebido como tutela de los particulares frente al poder estatal, y al mismo tiempo, como límite a dicho poder. Tal garantía constitucional, por ende, no se extiende ni puede ser esgrimida por el Ministerio Fiscal.

Hechas hasta aquí estas menciones generales, comenzaré con el tratamiento específico que nos interesa en este libro: la defensa del imputado.

En primer término, el derecho de defensa involucra en relación al imputado su facultad de intervenir en el proceso, en todas sus etapas y actos procesales, desde el más prematuro inicio, esto es, cuando por cualquier medio se anoticie de que ha sido sindicado como responsable de un delito o al ser detenido (recordemos que, como lo he señalado más arriba en el punto referente al concepto de imputado, los códigos procesales penales disponen que los derechos que la ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, la persona que fuere detenida o indicada como tal partícipe de un delito, en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra), y hasta su total terminación, o sea, cuando haya cesado el cumplimiento de la pena o medida de seguridad.

Su intervención es importante a los fines de controlar el desarrollo regular del procedimiento; de ofrecer pruebas; de controlar la producción de las pruebas de cargo; de ser oído expresando en su descargo todas las explicaciones pertinentes que considere necesarias; de alegar personalmente o por medio de su abogado, o ambos, efectuando todas las fundamentaciones críticas de hecho y de Derecho contra los argumentos acusatorios y sobre el valor de las pruebas; de recurrir la sentencia condenatoria o la que le imponga una medida de seguridad. Durante el transcurso de la condena firme, puede ante el juez de ejecución penal realizar todas las instancias pertinentes con el propósito de que la misma se cumpla regularmente conforme a la Constitución, las leyes y reglamentos; de pedir oportunamente la libertad condicional; eventualmente, de interponer recurso de revisión, etcétera.

La intervención del imputado en el proceso, no sólo es una de las facultades de su derecho de defensa, sino que conforme al sistema de enjuiciamiento adoptado por la legislación argentina, es además necesaria para que el juicio pueda efectivamente llevarse a cabo, desde que es inadmisibile el mismo en caso contrario. En la Argentina, a diferencia de otras legislaciones, en ausencia del imputado, puede llevarse a cabo la faz investigativa o instrucción, mas una vez finalizada la misma, si el imputado permanece ausente, está vedado el juicio en rebeldía.

En puridad, la actividad acusatoria puede ser refutada de dos maneras diferentes y paralelas. Una, mediante la denominada defensa material, que es la que lleva a

cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. Consiste en sus propias expresiones defensivas, volcadas en las explicaciones que vierta cuando declare en las sucesivas etapas del proceso; cuando se confronte con la víctima, un testigo o coimputado en un careo; cuando ejerza la facultad de interrogar personalmente a un testigo⁸⁵; cuando introduzca alguna objeción o explicación durante el curso de alguna diligencia procesal a la cual esté facultado a asistir; cuando tome la palabra como último acto del debate oral, etcétera.

Paralelamente a esa defensa, se adhiere como exigencia necesaria en el proceso penal la defensa técnica, que es la ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de Derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad.

Guillaume de Lamoignon (1617-1677), primer presidente del Parlamento de París, expresó que: "el abogado o consejo que era la costumbre el dar a los acusados no es un privilegio dado por las ordenanzas ni por las leyes: es una libertad adquirida por el derecho natural, que es más antiguo que todas las leyes humanas. La naturaleza enseña al hombre a tener recursos a las luces de los demás, siempre que él mismo no posea bastante para conducirse, y a que busque socorros cuando se reconoce demasiado débil para defenderse a sí mismo"⁸⁶.

Está siempre presente en algunos legos el cuestionamiento de cómo es posible que un abogado defienda al "delincuente", más aún cuando quizás sabe que lo es; pero lo grave es que incluso entre personas ilustradas discriminan a abogados que defienden a "delincuentes" de ciertas características, fundándose en razones partidarias, raciales, ideológicas, o en la truculencia del delito atribuido. Evidentemente que todo ello responde a que erróneamente se asocia mentalmente al abogado con su defendido y el delito que se le atribuye. Respecto a los legos es hasta cierto punto comprensible tal asombro, que sólo es fruto de su justificable ignorancia. Pero realmente reprochable son las nombradas en segundo término, a quienes incomprensiblemente su cultura no les ha alcanzado para comprender los verdaderos fines, justificación y necesidad de la defensa técnica del acusado en un proceso penal, cualquiera sea el grado de atrocidad y repugnancia que represente el hecho que se le atribuye, cualquiera sea la ideología o partidismo político, sus creencias religiosas, su raza o nacionalidad, su nivel social, sus antecedentes, y aun cuando estas cuestiones pudieran haber tenido incidencia en la comisión del hecho. Pensar que por alguna de estas razones o cualquier otra semejante alguien no sea merecedor de la defensa de un

abogado, y además reprochar al abogado que lo hace, es una postura extremadamente discriminatoria, totalitaria, y en consecuencia, como contrapartida, conduce al absurdo de que sólo sería admisible una selectividad para gozar de la defensa de un abogado, lo cual aparentemente estaría sólo reservado en definitiva para los inocentes, o en fin, para quienes gozan de la simpatía de quienes piensan de ese modo, lo que representa una subjetividad absoluta, ostensiblemente discriminatoria e inhumana, abiertamente intolerable en un Estado de Derecho.

El abogado no asume nunca la defensa de un "delincuente", sino de una persona imputada de haber cometido un delito que goza de estado de inocencia, y que, por lo tanto, es necesario el juicio previo para verificar aquella hipótesis, en el que sólo mediante pruebas eficaces que edifiquen con grado de certeza su culpabilidad puede ser condenada. Será entonces "delincuente" recién cuando haya sido condenado por sentencia firme.

Toda esta estructura tiene basamento constitucional. Por lo tanto, recorriendo el camino inverso, nadie puede ser condenado como culpable de un delito si no es por sentencia fundada en pruebas legalmente introducidas al juicio y que tengan la eficacia acreditante suficiente para demostrar con certeza aquel extremo, de modo que toda pena sólo puede ser impuesta previo juicio en el cual, como debido proceso legal, se hayan respetado los pasos y principios enunciados que pueden resumirse en las etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia. Así las cosas, el imputado lego, sin perjuicio de sus aptitudes y conocimientos que en casos aislados pueda tener, necesita de un jurista que lo asesore sobre sus derechos, lo asista y represente a fin de controlar que se respete la legalidad del debido proceso previamente establecido por la Constitución y la ley, que técnicamente refute las pruebas y argumentos de cargo y ponga el énfasis en las pruebas y argumentos de descargo, tanto de hecho como de Derecho. Que en definitiva, en el peor de los casos, controle la validez formal y sustancial de la sentencia condenatoria, y que la pena que se imponga sea justa y adecuada al caso concreto, impugnándola recursivamente en caso contrario.

Por estas razones, el Derecho Procesal Penal presume iuris tantum que, sin perjuicio de su defensa material, el imputado no goza de capacidad suficiente para defenderse por sí mismo, siendo necesaria y obligatoria además su defensa técnica. Así lo ha declarado la Corte en reiterados pronunciamientos⁸⁷.

La defensa técnica es, por lo tanto, necesaria y obligatoria, aun en contra de la voluntad del imputado. La misma implica que el imputado puede elegir como defensor particular a cualquier abogado de su confianza. Si no lo hace, se niega a hacerlo o no tiene medios económicos para costear los gastos de una defensa particular, el Estado debe suministrarle de oficio un defensor oficial para cumplir



con tal función.

Ahora bien, la necesidad y obligatoriedad de la defensa técnica no es suficiente para cubrir eficazmente la garantía constitucional. Ya he sostenido que, además, ella debe ser efectiva y refutadora de la tesis acusatoria. De modo que sólo es válida aquella defensa que esgrima fundadamente la antítesis de la acusación.

En efecto, a diferencia de lo que acontece en el Derecho Privado, no basta con que al accionado se le dé la oportunidad para defenderse; en el proceso penal, para ser eficaz, debe realizarse efectivamente y ser necesariamente crítica de todos los argumentos acusatorios. Insoslayablemente debe ser un contraste o antítesis cuestionadora de la incriminación. Es imprescindible que el defensor en su función agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de Derecho. Pues va de suyo que la actividad del defensor que se allane, preste conformidad u omita cuestionar fundadamente algún extremo relevante de la acusación, equivale no sólo a una omisión de defensa en sí, sino además a trocar la posición para la cual está precisamente destinado, pues con tales posturas, que al fin son coadyuvantes a la acusación, se termina ubicando al imputado en peor situación que si la defensa se hubiese omitido. De donde forzoso es concluir que si el acto no se puede omitir, no puede tolerarse que el que se cumpla sea ineficaz o perjudicial para el imputado, lo que ciertamente no satisface la garantía constitucional.

La defensa técnica entonces no sólo debe realizarse efectivamente, sino que además ella debe ser una concreta manifestación de fundada disconformidad con la tesis incriminatoria, aun cuando el imputado esté confeso, haya sido sorprendido en flagrancia en la comisión del hecho o se niegue a defenderse. En todo caso pueden existir circunstancias que demuestren que tales extremos no son lo que aparentan, que no sea legal la prueba obtenida, que existan motivos de atipicidad, justificación o inculpabilidad. A menudo tras la apariencia de lo concluyente subyacen innumerables razones que pueden demostrar que la verdad de lo acontecido no se compadece, de hecho o de Derecho, con la tesis acusatoria.

Por ello, el proceso es una dialéctica entre tesis y antítesis, como mecanismo necesario para escarbar sobre la verdad de la hipótesis objeto del mismo; cuanto más aguda sea la confrontación, mayor será el panorama que tendrá el tribunal para decidir con justicia. Cuando más ineficaz es la antítesis, mayor es la posibilidad de que el tribunal juzgue erróneamente. De modo que entre la idoneidad de la defensa y la justicia del pronunciamiento judicial existe una íntima relación.

Con acierto se ha sostenido que "El defensor no es un resorte objetivo de la



justicia, un defensor de la verdad, sea favorable o no al imputado, sino un elemento esencial en cuanto debe cumplir, por definición, una misión unilateral [...]. Para ser fiel a su posición de guardián de los derechos e intereses del imputado, sólo puede actuar a favor de éste, de modo que le está vedado absolutamente toda actividad perjudicial a su cliente, no por razones de un convenio o contrato de locación de servicio o de obra, sino por fuerza de una situación jurídica que se inspira también en el interés público [...] Este concepto fundamental permanece incólume, por cierto, aun cuando actúa como defensor del imputado un funcionario público"⁸⁸. Cabe poner de resalto el interés público puesto en juego en el proceso penal.

En igual sentido, pero enfatizando especialmente el contenido de la función, se expresó que "Si la acusación es, por tanto, el desarrollo racional de la pretensión penal, la defensa es su razonada contestación: aquí aflora el concepto de contestación; elaborado también él, como opuesto al concepto de pretensión, por la teoría general del proceso; contestación de la pretensión es la exigencia del no castigo del imputado; de la misma manera que a la exigencia de su castigo la acusación le proporciona razones, así las proporciona la defensa a la exigencia opuesta"⁸⁹. Estos postulados puestos de manifiesto por el célebre autor italiano son remarcados con vehemente insistencia a lo largo de toda su obra: "Ante todo hay que reflexionar que la oposición entre las partes es útil, o más bien necesaria al juez"⁹⁰. Y ya con su característica sabiduría, que transmitía lo técnico de modo casi poético, en otra obra enseña que: "El defensor es y debe ser un razonador de pie forzado, esto es un razonador parcial; un razonador que trae agua para su molino", porque si no fuera así, "no solamente traicionaría su propio deber sino que estaría en contradicción con su razón de ser en el proceso, y el mecanismo de éste resultaría desequilibrado"⁹¹.

De ahí el error en que algunos autores e incluso algunas leyes incurren: el de pretender considerar al abogado defensor como un "auxiliar de la justicia". Ciertamente no es ni puede ser así. Esta expresión es sólo un sentido "figurado o metafórico" con origen en el sistema inquisitivo que entendía que el acusado no tenía derecho a una verdadera defensa y que quien lo asistía tenía prevalentemente un compromiso con la verdad y con la religión antes que con su propio cliente. Tal atrocidad conspiraría actualmente con la garantía constitucional, el abogado no es auxiliar de la justicia ni del juez. "Según nuestro régimen constitucional, el defensor es un asistente directo del imputado; en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona en particular. Su misión y su actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a defender los intereses del imputado. En la medida en que lo haga, el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho, y en esto último consiste su

función pública o social"⁹².

La Corte argentina tuvo oportunidad de expedirse al respecto señalando que: "Si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no lo releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo"⁹³. En este sentido, sin explayarse demasiado sobre las características y alcances de la misión del defensor, la Corte se pronunció claramente en el sentido que hemos expuesto.

Es preciso concluir que la imperativa forma que los actos de defensa técnica deben reunir para satisfacer la garantía constitucional es su necesidad, obligatoriedad, realización efectiva y con contenido fundado en una crítica oposición a la tesis acusatoria. Toda defensa que no se consume bajo esos parámetros viola la garantía en cuestión y con ello el debido proceso legal, lo cual debe conducir, en tal caso, a la nulificación del proceso⁹⁴.

Como lo enseña Gómez del Castillo y Gómez: "de un lado el defensor debe procurar siempre la resolución más óptima para su cliente; de otro lado, para ello, el defensor puede usar no de cualquier medio a su alcance, sino de aquellos que le sean permitidos, y entre ellos de su facultad a la reticencia y de la facultad del imputado a la reticencia y a la falsedad".

En tal sentido, aunque parcializado atento a las características del particular supuesto, se ha expedido la Corte Suprema de la Nación en el caso "Rojas Molina" al declarar que: "...se han violado reglas esenciales del procedimiento; el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado [...] Toda la estructura del Código de Procedimiento demuestra la necesidad de una defensa efectiva"⁹⁵.

La jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos también se ha pronunciado sobre la necesidad de que el imputado cuente con un efectivo asesoramiento y asistencia (effective counsel), lo contrario menoscaba el debido proceso⁹⁶.

Al margen de la relación jurídica que pueda existir entre el imputado y su abogado defensor, esto es, contrato de locación de obra o de servicios en el supuesto de defensor particular, o servicio público en caso de defensor oficial del Estado, difiere de la naturaleza jurídica de la relación en el proceso. En el proceso penal, a diferencia de los demás, el tema presenta cierta complejidad en razón de la singularidad y características que en este rol presenta.

La doctrina ha depurado prácticamente en forma coincidente que la función del abogado defensor del imputado importa un doble objetivo: de asistencia y representación.

La conclusión no puede ser otra que esta mixtura. La misma es simultánea o alternativa de acuerdo a la naturaleza del acto procesal concreto a cumplir. La representación se ejerce, salvo excepciones, durante todo el proceso, ya sea que el defensor actúe junto al imputado o en su lugar.

La función de asistencia se traduce, desde un inicio y hasta el fin de su actuación, en el asesoramiento al imputado en forma integral, esto es, informarle, ilustrarlo, explicarle, aconsejarle, cuál es su situación legal y procesal; de qué forma debe explicar ante el tribunal los hechos; si es conveniente que declare o se niegue a hacerlo total o parcialmente, y en suma, asesorarlo permanentemente sobre la conducta, expresiones, explicaciones, aclaraciones, objeciones, y demás derechos y deberes que tiene frente a cada acto procesal y en cada etapa del proceso, sugiriéndole siempre cuál es la postura que debe adoptar por ser la que más puede favorecerlo.

La función de representación también lo es a lo largo de todo el proceso, en ocasiones compartiendo la presencia de su representado y en otras haciéndolo en ausencia de éste.

Específicamente la representación se ejerce por ejemplo: cuando propone u ofrece pruebas que tiendan a favorecer al imputado; cuando verbalmente o por escrito se dirige al órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal efectuando instancias impugnativas de nulidad, oponiendo excepciones dilatorias o perentorias, solicitando el sobreseimiento, interponiendo recursos, etcétera; cuando es destinatario de notificaciones de resoluciones judiciales; cuando asiste a la realización de algún acto definitivo e irreproducible; durante el debate oral la representación es autónoma cuando el imputado se niega a asistir a la audiencia, es expulsado de la sala, o alejado de ella mientras declaran los coimputados.

El abogado del imputado goza de libertad de defensa, esto es, de amplitud de expresión y actuación en el desempeño de su tarea. El defensor en su deber de hacer valer la verdad de su representado debe imprescindiblemente desplegar su profesión con autonomía científica, amplitud de investigación, libertad de expresión y respeto en su actividad. Sólo de este modo puede colocarse al imputado y su defensor en un pie de igualdad en relación con los órganos del Estado predispuestos para la persecución penal, de lo contrario, el principio de igualdad y bilateralidad de las partes en el proceso sería ilusorio. De ahí que algunas legislaciones atinadamente hayan consagrado este principio en forma expresa enunciando que: "La defensa es completamente libre sin más restricciones que las impuestas por la moral, por el respeto debido a los jueces y la observancia de los trámites legales"⁹⁷. En concordancia con ello también se prevé que el abogado en el ejercicio de su profesión queda equiparado a los magistrados judiciales en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele; la violación de este



precepto admite denuncia ante el superior jerárquico del infractor, estando el abogado afectado legitimado para radicar la denuncia e impulsar el trámite⁹⁸. La Organización de las Naciones Unidas, mediante la aprobación de las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal, comúnmente denominadas Reglas de Mallorca, ha establecido que "Los Estados garantizarán a los abogados el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado"⁹⁹.

Si como lo he sostenido más arriba, la defensa técnica es obligatoria aun a pesar de la oposición o negativa a ello por parte del propio imputado, es menester discernir qué solución se debe adoptar cuando exista conflicto entre el imputado y su defensor respecto a la decisión a tomar con relación a cualquier aspecto del proceso. Por ejemplo: ¿qué sucede cuando el abogado estima pertinente y necesario ofrecer determinada prueba que considera importante en favor del imputado y éste se niega, o a la inversa?; ¿qué sucede cuando el abogado tiene la convicción científica de basar su defensa sobre determinado fundamento de Derecho y el imputado no lo consiente, o a la inversa?, etcétera.

En virtud de la naturaleza misma de la misión del defensor técnico, en cuanto es un auxiliador con capacidad profesional para ello, y en consecuencia teniendo el deber de actuar siempre a favor de su cliente, en caso de conflicto, en principio, debe primar la voluntad del abogado a pesar de la opinión contraria, oposición o disconformidad del imputado, pues lo contrario tornaría inútil la necesidad de asistencia técnica y representaría una incongruencia

No presenta dudas la situación de que se trate de actos en los que el abogado se desempeñe ejerciendo un derecho propio inherente a sus deberes profesionales y éticos. En estos casos naturalmente no puede influir en nada tampoco la voluntad del defendido. Se trata en general de todos aquellos actos o actividades procesales en los que el abogado despliega puramente la actividad técnica que precisamente le compete, como alegar oralmente al final del debate, interrogar a un testigo, asistir a un reconocimiento de personas, interponer nulidades o recursos, etcétera.

Diferente es la situación que se presenta en todos aquellos actos o diligencias procesales en los cuales el protagonismo principal lo tiene el imputado por tratarse de actos que son personalísimos, como la declaración indagatoria, el careo, la presencia en la audiencia del debate, etcétera. Si frente a estos supuestos el imputado se niega a declarar o lo hace, en ambos casos a pesar de la sugerencia contraria de su abogado, pudiendo suceder lo mismo en el supuesto de un careo o la presencia en el debate, tiene derecho a hacerlo en virtud de las disposiciones procesales, y tratándose de actos personales que requieren inexorablemente su insustituible expresión o presencia física, existe hasta una imposibilidad práctica y

de hecho para que haga lo contrario a su deseo. De modo que en estos casos prevalece la voluntad del imputado por sobre los consejos de su abogado que estime conveniente una actitud distinta.

Finalmente, existe una excepción expresamente consagrada por la generalidad de los códigos procesales penales, referente a que en los supuestos de recursos interpuestos por el defensor, el imputado o ambos, para desistir luego del mismo no basta la sola expresión del defensor sino que es necesario el consentimiento del imputado.

Sin perjuicio de esta esquemática división de supuestos diferentes y que tienen soluciones distintas, algunos autores como Maier prefieren sintetizar el problema de los conflictos entre imputado y defensor, postulando que "ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben por el ejercicio concreto de ellas en un sentido determinado: por ejemplo, si el imputado decide confesar el hecho punible como propio y el defensor lo niega, o el defensor acepta que el imputado ejecutó el hecho punible, incorporando la circunstancia de que se defendió de una agresión de la víctima, y el imputado niega haber participado en el hecho punible"¹⁰⁰. No obstante este acertado criterio de "facultades autónomas", es preciso tener en cuenta, como se desarrolló en los párrafos anteriores, cuál de ellas debe tener prevalencia para el tribunal en caso de que en virtud de esa autonomía se suscite un conflicto inconciliable entre la voluntad del imputado y la de su abogado.

El imputado cuenta con el derecho a comunicarse con su abogado defensor desde el primer momento, aun inmediatamente después de haber sido detenido. Así lo establece el artículo 8.2.d de la CADH en cuanto a que durante el proceso, toda persona tiene el derecho, en plena igualdad, "de comunicarse libre y privadamente con su defensor"; en igual sentido lo dispone el artículo 14.3.b del PIDCP sobre el derecho de todo inculcado de un delito "a comunicarse con un defensor de su elección". La Organización de las Naciones Unidas por resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988 adoptó el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, estableciéndose en los principios 17 y 18 que toda persona detenida tiene el derecho a la asistencia de un abogado, de lo cual debe ser informado por la autoridad competente, y el derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo, sin demoras ni censuras y en régimen de absoluta confidencialidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como máximo tribunal llamado a aplicar e interpretar la CADH, se ha expedido expresamente en el sentido de que: "el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de

establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, deben inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes, para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y la información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, como acto inherente a su derecho de defensa"¹⁰¹.

Lo así normado por las disposiciones internacionales, que a su vez están incorporadas a la Constitución, no deja lugar a dudas respecto a que el imputado siempre, en cualquier momento, aun cuando exista secreto de sumario, puede comunicarse libremente con su abogado defensor. La incomunicación que se prevé en algunas legislaciones procesales no puede alcanzar a la persona del abogado defensor, con quien incluso puede comunicarse, sin demoras, inmediatamente después de ser arrestado o detenido. Cualquier disposición legal o resolución judicial que coarte, restrinja o condicione este derecho es inconstitucional.

Una de las principales derivaciones de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el necesario respeto al principio de congruencia, al que si bien habitualmente parte de la doctrina lo simplifica mediante la enunciación de la necesaria "correlación entre acusación y sentencia", ciertamente su concepto técnico en el proceso penal es mucho más amplio, desde que tal correlación, en puridad, se origina con la demarcación fáctica efectuada por la Fiscalía al requerir la instrucción, luego con la información previa que de los mismos hechos se le hace conocer al imputado antes de su declaración, para continuar con el auto de procesamiento, el requerimiento fiscal acusatorio de elevación a juicio, el auto de elevación a juicio en su caso, y aquel por el cual se dicta la sentencia."



3. NORMATIVA

a) *Código Procesal Penal*²

Artículo 12.- Inviolabilidad de la defensa

Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento.

Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos.

Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley.

4. JURISPRUDENCIA

a) *Variaciones en los hechos acusados*

[SALA TERCERA]³

"I. [...] Efectivamente, la sentencia presenta gruesos vicios en cuanto a la determinación del dolo en los hechos en los que resultaron perjudicadas Eulalia Baltodano y Edith Vargas, y en cuanto a la calificación jurídica de algunos de los eventos. Sin embargo, dichos vicios no sólo derivan de la ausencia de una debida fundamentación de dichos extremos, sino fundamentalmente de que los hechos acusados, no contenían la descripción de dolo homicida (ni este derivaba de forma unívoca de la descripción del cuadro fáctico), en el caso de las dos ofendidas, y en cuanto a las relaciones filiales y de convivencia, éstas nunca fueron determinadas por el Ministerio Público para ninguno de los perjudicados. En este punto, es menester reiterar que el cuadro fáctico fijado en la acusación, constituye un límite en cuanto a los eventos y circunstancias relevantes sobre los cuales podrá

pronunciarse el Tribunal en el contradictorio. No se exige por supuesto correspondencia absoluta, sino que los hechos demostrados en la sentencia pueden no ser idénticos a los que se describen en la acusación, siempre y cuando las modificaciones no sean de tal entidad que afecten, de modo esencial, los aspectos penalmente relevantes de la conducta sometida al juicio. Resulta oportuno traer a colación, lo señalado ya por esta Sala con ocasión del tema: "... Los eventos que el órgano acusador plasma en la imputación, sirven de referente indispensable para ejercer adecuadamente el ejercicio del derecho de defensa. Indiscutiblemente para el Tribunal, esa imputación constituye el marco de su pronunciamiento. La correlación entre lo acusado y lo resuelto constituye una garantía fundamental del debido proceso. Como ya se indicara, dicho principio no protege una identidad absoluta entre la relación fáctica de la pieza acusatoria y los hechos acreditados en sentencia, pero sí resguarda contra cambios sustanciales, de manera que no resultará admisible una condena utilizando hechos diversos de los acusados. Aún desde la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, esta Sala ha fijado principios básicos que no obstante las variantes introducidas con el actual Código Procesal Penal, mantienen vigencia. En este sentido, se indicó que: "... el límite para admitir la posibilidad de acusaciones correctivas en el debate, surge del principio de inviolabilidad de la defensa y recae sobre aquellos datos que, aún cuando de trascendencia tal que ameriten su corrección, no importan, de por sí, un cambio en la descripción material de la conducta. Así, los errores en fechas o lugares que se evidencien exclusivamente en el debate, pueden ser objeto de corrección mediante los procedimientos indicados, pero aún en tales circunstancias, sería preciso proceder de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 376 del Código de Procedimientos Penales de 1973, y ordenar la suspensión del debate, cuando el defensor lo considere indispensable para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa, en virtud de que, por ejemplo, el argumento defensivo tendía a demostrar la presencia del acusado en un sitio distinto del señalado en la acusación original, o en la fecha inicialmente informada; pero incluso en esos supuestos, las variaciones que se introduzcan deben ser analizadas casuísticamente para determinar que no se trata, en realidad, de un hecho diverso del acusado y ha de tenerse siempre presente el resguardo a la inviolabilidad de la defensa, como parámetro para realizar esa determinación..." En ese pronunciamiento se deja claro, que: "... Estos remedios procesales, sin embargo, no se encuentran previstos para el caso de que surja un hecho completamente diverso del descrito en la acusación". (Sala Tercera, número 132 de 9:00 horas del 20 de febrero de 1998)..." (N° 248 de las 9:45 hrs. del 19 de marzo de 2004). Otro aspecto importante a dilucidar, sobre el cual ya ha venido pronunciándose esta Sala, es que es el cuadro fáctico de la acusación y no esta en su integralidad, la que delimita el objeto de pronunciamiento al Tribunal de juicio. En relación con este



punto se ha dicho: "...si bien resulta ser cierto, se ha reconocido que la sentencia es una unidad lógica jurídica y por ende, podrán tenerse como hechos acreditados no solo los que se hallen en el acápite titulado al efecto, sino que también lo serán aquellos que puedan derivarse del análisis probatorio descriptivo e intelectual correspondiente, no sucede lo mismo con la pieza acusatoria, pues en ella lo esencial es la determinación clara y circunstanciada de los hechos que se atribuyen (relación de los hechos), para que el imputado los conozca de forma detallada. Al respecto, esta Sala ha indicado que: "...se está ante una garantía fundamental prevista a favor de todo ser humano (respaldada en el numeral 14:3:a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 39 de la Constitución Política y en los artículos 1, 303, 326 y 365 del Código Procesal Penal). Es una exigencia del ordenamiento jurídico (véase especialmente el artículo 303:b del Código Procesal Penal) el que se detalle precisa y circunstanciadamente el hecho por el cual se acusa a una persona. Otra cosa es la prevista en el numeral 303:c del texto legal de cita, relativa a la fundamentación de la pieza acusatoria ... Tratándose de la acusación o la querrela, la descripción precisa y circunstanciada del hecho es precisamente sentar la base fáctica esencial sobre la que se discutirá la responsabilidad penal del acusado. Siempre en relación con el requerimiento del acusador o del querellante, la fundamentación es el razonamiento expreso sobre por qué se considera que se dan los hechos atribuidos al imputado y sobre por qué los mismos acarrearían la condena de éste. Se trata de una carga mínima para quien ejerce la acción penal y esta resulta esencial para que el proceso se ajuste a las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que sucede es que la garantía de comentario devendría ilusoria si el hecho acusado fuese factible extraerlo de una lectura de toda la pieza requisitoria, como lo pretende el recurrente. Si esto fuera así, entonces carecería de sentido la obligación de que la imputación de cargos sea precisa y circunstanciada, pues dependería de quien lea o escuche la acusación descifrar qué es lo que se está atribuyendo al encartado, lo cual significaría incurrir en la arbitrariedad que se trata de evitar con la regla dicha. Así, se está en presencia de una forma (no un formalismo) esencial de presentar la acusación y esta consiste en describir de manera específica, precisa, clara y contextualizada en las respectivas circunstancias conexas, los hechos por los cuales se estima que una persona ha cometido un delito..." (cfr. Voto 1115, de las 16:00 horas del 29 de setiembre de 2005)...” (Sala Tercera, N° 331 de las 9:30 del 28 de abril de 2006). En la situación particular, los elementos que omitió describir la pieza acusatoria, en el lugar preciso donde ha de remitirse que es la relación de hechos, a saber, el dolo homicida en el caso de Baltodano Vargas, Vargas Fernández y Zúñiga Gómez. La esencialidad de dicho aspecto es tal, que incide directamente en la tipicidad de la conducta. [...] Ahora bien, no obstante se dispuso el reenvío de la causa en relación con Edith Vargas y Eulalia Baltodano, para



evitar futuros yerros debe hacerse notar que aparte de la ausencia de descripción de dolo homicida en la acusación respecto a ambas, incurrió el a-quo en un vicio en cuanto a ellas, al no fundamentar las razones por las cuales estimaba que les unía alguno de los vínculos detallados en el inciso 1) del artículo 112 del Código Penal. Ello sucede no sólo porque Baltodano Vargas sería, a lo sumo (de estimarse vigente la relación de hecho) cuñada por afinidad del enjuiciado, sin embargo tal vinculación no se encuentra contemplada en el inciso 1) del la norma mencionada. La falta de fundamentación se extiende a Vargas Fernández, aunque por motivos diferentes: Para la aplicación de la calificante, la norma exige vigencia de la relación concubinaria al momento de los hechos y en este caso, el a quo no analizó el punto del abandono del hogar de Edith Vargas, unos cinco meses previos a lo ocurrido. Se hace ver en el fallo, a partir de la prueba evacuada, que doña Edith había abandonado a su ex compañero desde cinco meses antes de ocurrir el delito. En este punto, vale acotar lo señalado por la misma señora Vargas Fernández: "...Previo a los hechos no tuve comunicación con Nelson. Nos habíamos separado y teníamos casi 5 meses y el (sic) sabía donde yo iba donde mi familia, como a los tres Díaz (sic) de haber llegado de cañas (sic) hable (sic) con el (sic), que estaba ahí, quería que volviera y le dije que no. Yo le dije que no volvía porque lo conocía como era que no me convenía..." (f. 182). Asimismo los Juzgadores, al referirse a la relación existente entre la ofendida e imputado, hacen ver que doña Edith decidió abandonar al encartado con motivo a la violencia doméstica a la que éste la sometió por largo tiempo, e incluso se refieren a ella como la "ex compañera" de López Rojas (cfr. f. 191). Debió analizarse, entonces, si se estaba aplicando la agravante por el vínculo de hecho existente entre la pareja, por qué estimaba el Tribunal que la relación aún se mantenía vigente, o, en otras palabras, por qué estimaba que se trataba de una interrupción temporal de la relación, ya que únicamente bajo este supuesto era posible aplicar la circunstancia calificante prevista en el inciso 1) del numeral 112 del Código Penal. En diversas oportunidades, al referirse a la agravante en cuestión, esta Sala ha señalado que desde un punto de vista objetivo, existen: "...varios requisitos para que la relación concubinaria constituya una causal de calificación del homicidio: a) En primer lugar que exista esa relación concubinaria; b) en segundo lugar que a consecuencia de ella se hayan procreado uno o más hijos; c) en tercer lugar que la relación se haya mantenido al menos por dos años; d) en cuarto lugar que esos dos años en que se mantuvo la relación lo sean desde el momento de los hechos hacia atrás, porque se indica en la norma "...durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho...", lo cual a su vez exige que al ocurrir el homicidio la pareja estuviere llevando vida marital, es decir cohabitaran como marido y mujer en forma más o menos regular y permanente. Desde luego, esto no significa que breves interrupciones circunstanciales en la cohabitación constituyan razón suficiente para negar la existencia de la vida marital que exige la norma, sin embargo los



juzgadores deben apreciar en forma precisa la prueba para establecer si la relación se mantuvo incluso durante los últimos meses anteriores al hecho, porque de haberse interrumpido se excluye uno de los supuestos del tipo objetivo”, (Sala Tercera, resolución N° 95-F, de 15:15 horas del 23 de febrero de 1995, el resaltado es suplido). Los yerros en la calificación jurídica en el caso de las dos últimas, se repite, son analizados con fines meramente aclaratorios y para que no se incurra en el futuro en las mismas equivocaciones. En virtud de lo anteriormente expuesto, se anula parcialmente el fallo, en lo relativo a la condenatoria por los delitos de homicidio calificado tentado en el caso de Eulalia Baltodano y Edith Vargas, para que respecto a ellas se sustancie nuevamente la causa. II. [...] Las omisiones de la pieza acusatoria que se hicieron notar en el considerando anterior respecto a las dos ofendidas, se extienden también a Ángel Antonio Zúñiga, en el sentido que, respecto a él, lo que se describe es que el encartado apuntó en su contra con el arma de fuego, accionándola, pero que la misma no percutió por haberse agotado los proyectiles, y que el perjudicado logró evitar los intentos de López Rojas de recargar el arma logrando así que no pudiera disparar en su contra. De la dinámica misma del evento, según se acusa, no es posible extraer el dolo homicida, siendo que de acuerdo a los principios que nos rigen la conducta, tal y como está acusada, podría ser también compatible la intención de lesionar. Ahora bien, lo que resulta inadmisibile es que el a quo tenga por acreditado que fue la acción defensiva de Zúñiga Gómez lo que impidió al encartado llevar a su término la intención de dispararle a aquel, y al mismo tiempo considere que en la especie se configuró una tentativa inidónea. La esencia misma de la tentativa es que el sujeto activo no logra su fin por causas ajenas a su voluntad, pero en el delito imposible desde un punto de vista objetivo, el medio elegido no es idóneo para alcanzar el resultado. Explican los Juzgadores en cuanto a Zúñiga Gómez que el arma no le impactó “...por cuanto...ya no tenía balas; siendo que en el momento en que pretende (el sindicado) cargar nuevamente el arma de fuego, es enfrentado por parte del ofendido Zúñiga Gómez, quien portando un machete en su (sic) manos trata de alcanzar al imputado, logrando de esta manera que no pudiera disparar nuevamente contra su humanidad y la de los otros ofendidos...” (f. 177. El resaltado es suplido). Así, no obstante de los eventos acreditados se obtiene la idoneidad del medio empleado, al punto que López Rojas ya había percutido el arma y herido a varias de las víctimas, y más aún, se describe cómo es la intervención de Ángel Zúñiga lo que impide que el justiciable no lleve a buen término su pretensión de recargar el arma, el a-quo concluye que en el caso de este último ofendido, “...no existe delito en el tanto la tentativa es inidónea...” (f. 196). Al respecto, razona el Tribunal únicamente que: “...al momento de apuntar y disparar contra Ángel Antonio Zúñiga Gómez el imputado ya no tenía balas en el arma de fuego, en consecuencia, la acción desplegada no era idónea para poner en peligro la vida del ofendido,



siendo que con respecto a ese delito debe absolversele (sic)...” (f. 197). De esta forma, los Juzgadores incurren en un grueso error en cuanto al concepto de delito imposible o tentativa inidónea, pues sin entrar siquiera a analizar la idoneidad relativa del medio utilizado (arma de fuego que por cuestiones circunstanciales ya no tenía balas en el momento del disparo a Zúñiga Gómez), también dejan de tomar en cuenta los Jueces que la acción realizada en contra del ofendido comprendía dos momentos: el primero, cuando López Rojas hala el gatillo, pero el arma no percute por no tener ya balas; y un segundo momento, descrito también en los hechos probados, consistente en que, cuando se le acaban las balas, el justiciable pretendió cargar el arma de nuevo pero la oposición de Ángel Zúñiga, quien se había armado con un machete, se lo impidió. Este segundo momento, que se describe en el cuadro fáctico acreditado en sentencia, resulta contradictorio con la absolutoria pues sería indicativo más bien de que no fue la inidoneidad del medio utilizado sino la oposición de uno de los ofendidos, lo que impidió que López Rojas siguiera adelante con sus fines. En estas condiciones, es lo procedente declarar con lugar el primer motivo por la forma de la casación interpuesta por la representación fiscal, anulando el fallo y el debate que le precedió, en lo relativo a la absolutoria por la acción acusada en perjuicio de Ángel Zúñiga Gómez (tomando en cuenta, eso sí, lo referido en el considerando anterior respecto a la ausencia de dolo en la atribución de hechos realizados por el Ministerio Público). Se dispone, respecto a dicho extremo del fallo, el reenvío de la causa para que se proceda a una nueva sustanciación, conforme a derecho. [...] IV [...] Por otro lado, la estimación de que se trataba de un delito imposible al habersele acabado las balas al inculcado, resulta erróneo. El medio, tal y como se indicó supra, no carecía de poder ofensivo al punto que según se tiene por acreditado en sentencia, fue la acción de Ángel Antonio Zúñiga lo que impidió que el imputado cargara nuevamente su arma y continuara con su designio. Por ello, es de recibo la indicación que hace el Tribunal, en el caso de Marco López, de que el actuar de Nelson López Rojas resulta aún más reprochable por las lesiones causadas a éste, que lo dejaron inválido, y porque estando herido e indefenso en el suelo, pese a sus ruegos, intentó percutir sobre él el arma de nuevo, no consiguiéndolo porque se le habían agotado las balas para ese momento. La inidoneidad del instrumento en ese sentido no es real, sino sólo circunstancial, y el mismo debía sólo insertar municiones en el magazín para continuar con su propósito, lo que sin embargo se ve truncado por el ataque que en defensa de sí y de sus familiares, ejerce el señor Zúñiga Gómez. El Tribunal, por lo demás, sí ponderó las condiciones personales positivas del encartado, especialmente que siendo una persona de mediana edad contase con limpios antecedentes, y por ello redujo la sanción por debajo del mínimo previsto, tanto en el caso de Donald López, como en el de Marco López. Así es que, sin dejar de lado los aspectos favorables, pero tomando en cuenta también la gravedad de los hechos, la

disminución operada resulta razonable."

b) Concepto y naturaleza jurídica

[SALA TERCERA]⁴

"V- En el último motivo de disconformidad, se plantea la falta de correlación entre acusación y sentencia, con quebranto de los artículos 443, 365 y 369 inciso h) del Código Procesal Penal. Luego de resumir el contenido de la acusación fiscal, afirma el impugnante que el a quo hizo valoraciones que no fueron objeto de ella, concretamente las relacionadas con la conducta del propio ofendido, omitiendo analizar las circunstancias de que el acusado abandonó a la víctima en la carretera y huyó del lugar. Agrega que el fallo no especifica por qué el imputado no violó el deber de cuidado en la conducción de vehículos. El reproche no procede. El requisito de correlación entre acusación y sentencia, en tanto deriva del principio de inviolabilidad de la defensa, tiene como propósito fundamental servir de garantía al imputado para impedir que, en caso de condena, esta recaiga sobre hechos o circunstancias esenciales que nunca le fueron puestos en conocimiento (a través de los mecanismos de intimación e imputación) y que, por ende, le resultan sorprendidos. Por supuesto, también guarda un vínculo indisoluble con el principio acusatorio, en tanto no puede asumir el Tribunal funciones que no le competen por estar libradas al ámbito del acusador. Sin embargo, en el presente caso el a quo dictó sentencia absolutoria, tras estimar que no existe prueba que determine que el justiciable incumplió su deber de cuidado, lo que, contrario a lo afirmado en el recurso, se expone con claridad, para señalar que no se demostró que conducía a velocidad excesiva, al tiempo que tampoco halló probanzas que apuntasen a algún otro tipo de conducta que pudiese catalogarse como culposa. Esto significa que, por supuesto, el Tribunal no podía tener por demostrados los hechos contenidos en la acusación, tal como los describió el Ministerio Público, pues ello generaría una evidente incongruencia en los fundamentos del fallo. Obviamente, tampoco son de recibo los reproches en torno a que los juzgadores examinaron la conducta de la víctima, pues principio esencial del proceso es la búsqueda de la verdad "real", que involucra todos aquellos aspectos que sean relevantes para establecer si se cometió un hecho punible, entre ellos los actos de la propia víctima cuando resulten pertinentes y sí lo son en un caso como el que aquí se investiga -homicidio culposo-, donde la conducta del ofendido es capaz de constituir la causa del hecho y eventualmente, descartar cualquier reproche que pudiese dirigirse al acusado. Por último, la huida del lugar del accidente no constituye ningún delito, ni puede servir como indicio unívoco de responsabilidad, pues es capaz de obedecer a distintas motivaciones anímicas; y lo mismo ha de decirse respecto del abandono de la víctima, en especial si no existe prueba alguna de que, al producirse, aún se hallase con vida; datos que, en cualquier

caso, no guardan nexo alguno con la inobservancia de normas procesales que se reclama, en torno a la falta de correlación entre acusación y sentencia. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso."

c) Violación al principio de inviolabilidad de la defensa

[SALA TERCERA]⁵

"CUARTO MOTIVO: [...] Al respecto considera esta Sala, que la relación de hechos acusada por parte del Ministerio Público, efectivamente circunscribe y delimita el objeto del juicio, en su carácter de garantía de rango constitucional, según lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Política, de ahí la razón de ser y la trascendencia de la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia. En este mismo sentido, el derecho de defensa, indudablemente está ligado al instituto procesal en cuestión, e incluso, la correlación entre la acusación y la sentencia es una consecuencia del principio de inviolabilidad de la defensa. Es evidente, que imponer una sanción penal por un delito culposo, cuando se acusó la comisión de un delito doloso, violenta el derecho de defensa, en razón de que tal y como se expondrá en la resolución del segundo motivo de casación, los delitos dolosos y los culposos son esencialmente diferentes, y en el caso presente, el delito de homicidio simple y el homicidio culposo, no son de la misma especie como lo afirma el recurrente, situación que en definitiva incide directamente con el respeto y tutela efectiva del derecho de defensa en el presente caso. Es preciso señalar, tal y como lo establecen los jueces que emiten el fallo impugnado, que imponer una sanción penal por el delito de homicidio culposo en el presente caso, según el cuadro fáctico acusado por parte del Ministerio Público, implicaría variar de oficio, elementos esenciales de la acusación, lo cual incluso determina variar la naturaleza jurídica del tipo penal acusado, situación que implicaría la violación del principio de imparcialidad y objetividad judicial. Incluso, una variación del cuadro fáctico en tal sentido, implicaría la violación del principio de legalidad, por cuanto, dicho en palabras simples, el Tribunal Penal tendría que formular una nueva acusación en fase de juicio, función que por reserva de ley, le corresponde exclusivamente al Ministerio Público. Es claro, que tal situación es absolutamente ilegal e improcedente, y limitaría al imputado el ejercicio de su derecho de defensa en los términos que la Constitución Política y la Ley Penal amparan, al extremo de que en el presente caso, se le vedaría la posibilidad al encartado de plantear y ejercer remedios procesales tendientes a la solución del conflicto social, según lo establecido en el artículo 7 del Código Procesal Penal, a través de la aplicación de alguna medida alternativa de las que proceden en los procesos penales en se ventilan causas por el delito de homicidio culposo. Aunado a lo expuesto, se tiene que el artículo 305 del Código Procesal Penal establece la facultad del Ministerio Público de plantear



en forma alternativa o subsidiaria circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar su correcta defensa. La normativa del artículo en cuestión determina que no existe justificación alguna de la indiferente e incorrecta actuación del Ministerio Público en el presente proceso penal. Lo anterior, por cuanto tal y como lo consideran los jueces de juicio que emiten del voto de mayoría en la sentencia de mérito, no se explica esta Sala de Casación, por qué motivo el Ministerio Público, ante las circunstancias del caso concreto, conocidas desde el inicio de la investigación, y durante el desarrollo de la etapa preparatoria, al momento de emitir el acto conclusivo de dicha fase del procedimiento con la acusación y solicitud de apertura a juicio, no planteó una acusación alternativa por homicidio culposo según lo establecido en los artículos 299 y 305 del Código Procesal Penal. En este sentido, la doctrina es clara en que, conforme al sistema acusatorio, el Ministerio Público en un caso como el presente debió efectuar una acusación subsidiaria. Afirma el Dr. Maier que, la circunstancia subjetiva debe ser objeto de la acusación. Específicamente indica "(...) por más que el resultado sea idéntico el dolo supone la voluntad de realización del resultado y la acción consumativa de él (...) la culpa, por el contrario, no reside en esa voluntad, sino en la infracción al deber de cuidado (...)". (Ver: MAIER, Julio B, Derecho Procesal Penal (Fundamentos, Tomo I, pp. 369 y sgtes). En igual sentido, Derecho Procesal Penal III, Garantías Procesales (Segunda Parte), pp 46 y siguientes). Lo anteriormente considerado, vedó al Tribunal Penal, la posibilidad legal de resolver el caso conforme a los elementos de convicción evacuados en el debate que precedió la sentencia de mérito, lo cual es sumamente grave, y sin duda alguna muy lamentable. El recurrente en su alegato respecto del punto objeto de análisis, establece que "(...) Incluso cabe cuestionarse sí (sic) la aplicación de un principio procesal, donde no se viola el derecho de defensa o el debido proceso es más importante que hacer justicia aplicando la ley sustantiva a los hechos que se consideró demostrados, siendo lo correcto que la balanza se incline hacia la aplicación de la ley penal de fondo (...)" (crf. folio 235). En cuanto a la anterior afirmación del representante del Ministerio Público, se considera que sin duda alguna, el objetivo ideal, último y esencial del Poder Judicial como uno de los Supremos Poderes de la República, es la realización y el alcance de la Justicia en todos los asuntos sometidos a su conocimiento, en el caso particular, la realización de la Justicia Penal. Sin embargo, el recurrente no debe olvidar, ni dejar de lado, que el Poder Judicial está sometido a la Constitución y a la Ley, según lo establecido en el artículo 154 de nuestra Constitución Política. De ahí que, la realización de la Justicia Penal debe alcanzarse a través del estricto y riguroso apego a las normas de rango constitucional y legal, que regulan el proceso penal, el cual debe recordar el representante del Ministerio Público, que no es un conjunto de fases sucesivas dirigidas a la imposición de una sanción penal, sino que es una garantía de rango constitucional de los ciudadanos costarricenses,

respecto del ejercicio del poder punitivo estatal. En el caso en examen, los jueces de juicio que emiten el voto de mayoría que sustenta el fallo absolutorio, aplicaron en forma correcta las normas atinentes a la correlación entre acusación y sentencia, aplicación que se da con respeto y apego absoluto del debido proceso penal, y a las normas constitucionales y legales, que en tal sentido lo integran. Tal y como lo afirma el recurrente, en el presente caso lo ideal hubiese sido que la balanza se inclinase hacia la aplicación de la ley penal de fondo, pero si la Justicia Penal no se logró en tal sentido, lo fue en virtud del respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado. El único responsable de la situación que reclama el recurrente, es el propio Ministerio Público, ya que desde el inicio del presente proceso penal, hasta el momento de emitir el acto conclusivo de la etapa preparatoria, tuvo los instrumentos procesales previstos por la ley penal adjetiva, para lograr la imposición de una sanción penal por la muerte de la ofendida J. mediante la formulación de una acusación subsidiaria por el delito de homicidio culposo, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del Código Procesal Penal. Si esto no se logró, fue única y exclusivamente, en razón de la irregular y deficiente actuación de los representantes del órgano acusador que estuvieron a cargo de la tramitación de la presente causa, situación que tuvo como resultado, el fallo absolutorio dictado por el Tribunal Penal de mérito, el cual es legal y eficaz. La incorrecta actuación procesal en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, no puede ir en detrimento de garantías y derechos individuales previstos a favor del imputado, cuya aplicación justificó el dictado de la sentencia recurrida, y que dejan como única posibilidad a esta Cámara de Magistrados, rechazar los motivos de casación planteados por parte del representante del órgano acusador, por ser legalmente improcedentes.”

d) Obligación de respetar los derechos y garantías del imputado

[SALA CONSTITUCIONAL]⁶

“Objeto de la acción y argumentos del accionante. Se impugna el artículo 181 párrafo segundo del Código Procesal Penal, en cuanto señala que:

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

El accionante refiere que la norma lesiona lo dispuesto en los artículos 1, 7, 21, 24, 28, 33, 40, 50 y 71 de la Constitución Política, 1, 2, 5, 8.1, 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.2 y 2.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 2 y 10 de la Convención



interamericana para prevenir y sancionar la tortura y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La norma se impugna en cuanto establece que "a menos que favorezca al imputado", no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Para el accionante lo anterior significa que la prueba obtenida de personas torturadas, sea el imputado o terceros, puede ser usada en el ordenamiento jurídico costarricense para la defensa de un acusado en un juicio penal. Refiere que no es constitucionalmente viable exponer a una persona a un peligro a la salud o a la integridad física, aunque el imputado lo consienta, ya que el derecho a la salud tiene un vínculo inmediato con el derecho a la vida. El Estado, por lo tanto, tiene la obligación de velar, proteger y no permitir que se atente contra él, lo cual es consecuente con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estima que en los sistemas democráticos los hechos delictuosos sólo pueden ser reprimidos acudiendo a los procedimientos previamente autorizados y de acuerdo con el principio constitucional de respeto a la dignidad humana. Una prueba obtenida por medio de la tortura no es una prueba confiable e ignora el agravio a la víctima del delito y la violación de sus derechos constitucionales. Considera que el uso de la prueba desequilibra la situación de los derechos de las personas, pues beneficia al imputado y perjudica a la víctima del delito, ya que se usa la prueba en su perjuicio. La norma impugnada puede incentivar la obtención de pruebas por medios ilícitos o violentos tanto en el sector público como en el privado. El uso de esa prueba no toma en cuenta el agravio causado al torturado o coaccionado. El perpetrador de las acciones ilícitas, aún siendo un ciudadano privado produciría la prueba de descargo. Es decir, se podrían contratar delincuentes para obtener la prueba de descargo. También señala el accionante que la norma infringe lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política (inviolabilidad de comunicaciones) porque permite el uso de material obtenido como producto de intervenciones telefónicas o correspondencia.

III.-Principio de legitimidad de la prueba. El artículo impugnado debe ser interpretado e integrado en una forma armónica y sistemática con el resto del Código y del ordenamiento jurídico en general. No se trata de una norma aislada sino de un precepto que forma parte de todo un conjunto de normas procesales, que desarrollan a su vez, normas y principios de rango constitucional. El principio general que rige es que la prueba que se utilice para fundamentar una sentencia, debe ser legítima, no puede ser obtenida por medios que vulneren los derechos fundamentales. El argumento sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de esa prueba se centra básicamente en el propósito de disuadir al aparato judicial de



acudir a medios de investigación prohibidos, pues resultaría contradictorio que el mismo Estado encargado de tutelar los derechos de las personas, los viole en el afán de posibilitar la aplicación del castigo. El ordenamiento jurídico prohíbe tanto la obtención como la valoración de prueba producto de violación de derechos constitucionales. Esa prohibición puede darse porque: a) determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba; b) determinados medios de prueba no pueden ser empleados; c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos, o se puede; d) ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas. De ahí que el Estado no puede permitir, promover ni fomentar la utilización de prueba ilícita en los procesos judiciales. Ello es así en primer término porque el artículo 1 de la Constitución Política establece que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente. Esa opción democrática implica en primer término, el pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales del ser humano. En la sentencia 1990-01261 de las quince horas treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa, donde esta Sala declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, señaló:

"Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes. En una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe permitírsele ejercer todos los demás. Al imputado -contra quien se sigue una causa penal y en consecuencia no ha sido condenado- y aun al delincuente no se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, debe reconocérsele como sujeto de derechos, como ya se dijo, de todos los que el marco constitucional o legal no le restrinjan. Durante el proceso el encausado goza de un estado de inocencia, que no permite tenerlo como culpable, antes de que la autoridad jurisdiccional correspondiente, no lo considere tal en sentencia debidamente fundamentada."

El artículo 8 párrafo primero de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "...Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella..." El artículo 39 de la Constitución Política dispone que "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme



dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad."

Asimismo, el artículo 41 de esa misma Normativa dispone que debe hacerse "justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". La legitimidad de la prueba es una garantía esencial dentro del proceso penal y conforma el debido proceso. Así, el artículo 175 de ese Cuerpo de Leyes refiere:

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

En el mismo sentido señala el artículo 180 de ese Código, que el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y el 181 párrafo primero indica que "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código."

El artículo 96 refiere que: "En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvenciones tendentes a obtener su confesión."

Están prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de sicofármacos y la hipnosis (...)."

De lo expuesto en esas normas, resulta claro que en el proceso penal costarricense, como principio general, se prohíbe categóricamente la utilización de prueba ilícita, sea, aquella obtenida como producto de violación a los derechos fundamentales de las personas. La averiguación de la verdad real en el proceso penal, no puede efectuarse en detrimento o a ultranza de los derechos fundamentales de las personas, específicamente del imputado, que es quien sufre, por causa del proceso, el mayor menoscabo de derechos. La búsqueda de la verdad material no es un valor absoluto que haya de sobreponerse incluso a la tutela efectiva de derechos y libertades fundamentales. Se contraponen en el proceso penal dos intereses fundamentales que deben conciliarse y equilibrarse: la búsqueda de la verdad real para defender a la sociedad, y por otro, la necesaria tutela a los derechos fundamentales de los sujetos que son sometidos a un



proceso. Esta Sala en reiterada jurisprudencia ha reafirmado el principio de legitimidad probatoria, señalando que la prueba ilícita en sí misma considerada carece de total valor probatorio, quedando a salvo únicamente la prueba derivada de ésta, que subsista en forma independiente (teoría de la fuente independiente):

a) El principio de la amplitud de la prueba: Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente. En material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material.

b) El principio de legitimidad de la prueba: Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí -sobre lo cual no parecer haber ninguna discusión-, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley -en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas-" (Sentencia 1992-01739 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos)

En la sentencia 1994-03306-94 de las catorce horas cincuenta y un minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro, se afirma:

"I.° Esta Sala, con motivo de la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales (N.° 1261-90), ha debido pronunciarse con posterioridad respecto de lo que sucede ya no solo con la prueba obtenida directamente con base en la utilización de un medio ilegítimo, que no puede surtir

ningún efecto jurídico-procesal, sino con otras pruebas que no tuvieron directamente que ver con aquél medio espurio. Y lo que ha dicho, resumidamente, es que si eliminado el medio ilegítimo, hay prueba que se sostendría con independencia y con carácter determinativo de una participación típica, antijurídica y culpable, entonces estaríamos en presencia de prueba legítima, procesalmente inatacable. En otras palabras, la existencia o utilización de un medio ilegítimo para obtener alguna prueba, no contamina toda la prueba, con lo cual la jurisprudencia constitucional ha tomado partido en las diversas tesis que sobre el particular podrían utilizarse. En el sentido anterior, convendría acudir, entre muchísimas otras, a las sentencias números 701-91, 885-91 y 1204-91."

IV.-Posibilidad de utilizar prueba ilícita a favor del imputado. El artículo 1 del Código Procesal Penal refiere en el párrafo segundo que: "La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado, no podrá hacerse valer en su perjuicio."

En el mismo sentido el artículo 99 del mismo Cuerpo de Leyes asevera que: "La inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado impedirá que ésta se utilice en su contra, aún cuando él haya dado su consentimiento para infringir alguna regla o utilizar su declaración."

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

El sentido de esas reglas no es propiciar, permitir ni incentivar en modo alguno, la utilización de prueba ilícita. El Estado no puede producir ni utilizar prueba ilícita para investigar los delitos. Sin embargo, si a pesar de eso sus agentes lo hacen e infringen esa garantía erigida a favor del imputado, el legislador previó la posibilidad de que el juez tome en consideración la prueba espúrea, pero sólo en cuanto beneficie al encartado, pues es él el titular o portador de ese derecho. Obviamente, dicha prueba también ha de ser analizada conforme a las reglas de la sana crítica racional y el juzgador deberá en cada caso concreto, otorgarle el valor adecuado para arribar a la verdad real. Considera el Defensor de los Habitantes que esa posibilidad que le otorga la norma cuestionada al juez, vulnera la prohibición de tortura, tratos crueles y degradantes y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, que consagra tanto la Constitución Política como los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, a criterio de esta Sala más bien sanciona el uso del medio espúreo para producir la prueba.

Prohibición absoluta de utilizar la tortura. La tortura no está permitida en el

ordenamiento jurídico costarricense ni en las normas de derecho internacional vigentes. El artículo 40 de la Constitución Política señala que:

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

El artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, suscrita en Nueva York, el cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, y ratificada por Costa Rica por medio de ley número 7351 del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y tres, define a la tortura como:

"Artículo 1. 1.-

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

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco y ratificada por Costa Rica mediante Ley número 7934 del veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en el artículo 2 define como "tortura":

"Artículo 2.-

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la

aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo."

En el artículo 10 establece:

"Artículo 10.-

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por este medio el acusado obtuvo tal declaración."

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve y ratificada por Ley número 4534 del veintitrés de febrero de mil novecientos setenta, indica:

Artículo 5. 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere en el artículo 7 que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 123 bis del Código Penal introducido por ley número 8189 del dieciocho de diciembre del dos mil uno (publicado en la Gaceta número 10 del cinco de enero del dos mil dos) prevé:

"Artículo 123 bis.—Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil.

Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones."

Toda esa normativa lo que pretende es proteger al ser humano de los maltratos o sufrimientos graves, físicos o mentales, que se le pudieren infligir, por parte de las autoridades públicas con la finalidad de castigarlo, intimidarlo o coaccionarlo para que rinda una declaración. La tortura, los tratos crueles e inhumanos son absolutamente prohibidos en el ordenamiento jurídico costarricense y en la normativa de derecho internacional citada. El artículo 181 del Código Procesal Penal sanciona la utilización de esos medios proscritos, sanción que se refuerza



con lo dispuesto en el párrafo segundo, en el sentido de que dichos elementos probatorios no pueden utilizarse para perjudicar al imputado, pero sí mantienen su capacidad probatoria para beneficiarlo. Se permite utilizar la prueba derivada de tales actos, si favorece al imputado, porque, conforme se señaló, la prohibición de utilizar prueba ilícita es una garantía prevista para el imputado, lo cual no obstaculiza que pueda ser valorada en cuanto le beneficie. Por otra parte, es claro que la norma pretende sancionar al Estado, pues no sólo no puede utilizarse prueba ilícita en perjuicio del imputado, sino que además es posible valorarla para favorecerlo. El juzgador en todo caso, deberá valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional, según la cual el "...tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial."(artículo 184 del Código Procesal Penal). En virtud del principio de inviolabilidad de la defensa, el Estado y particularmente la policía y el Ministerio Público están obligados a respetar los derechos y garantías del imputado; sin embargo, si se viola ese imperativo, el imputado no tendría por qué sufrir doblemente las consecuencias del atropello a sus derechos fundamentales. Si a través de esa prueba obtenida ilícitamente es posible extraer elementos de juicio que objetivamente considerados y analizados, de conformidad con las reglas de la sana crítica, benefician al imputado, debe admitirse su utilización, en razón del principio pro libertate y sobre todo, del principio general de justicia, como valor supremo al que debe aspirar el ordenamiento jurídico. Tampoco es cierto que la norma incentive la obtención de pruebas por medios ilícitos o violentos tanto en el sector público como en el privado. Los funcionarios públicos que incurran en esas faltas – independientemente de que se valore la prueba obtenida en beneficio del imputado-están sujetos a diversas sanciones, tanto en el campo del derecho penal, como en la esfera administrativa, civil y laboral. En cuanto a los particulares que cometan delitos en la obtención de prueba ilícita que hagan llegar al proceso, pues obviamente también podrán ser perseguidos y sancionados.

VI.-Inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En el mismo sentido, la norma impugnada no faculta ni propicia la violación de las comunicaciones privadas, como erróneamente lo interpreta el accionante. El artículo 201 del Código Procesal Penal refiere:

"En relación con la interceptación y el secuestro de comunicaciones y correspondencia, se estará a lo dispuesto en la ley especial a que se refiere el artículo 24 de la Constitución Política."

El artículo 24 de la Constitución Política garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. En su último párrafo señala que no

producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. Al igual que lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política, lo preceptuado en esta norma tiene como objetivo fundamental la protección del ser humano contra los atropellos a sus derechos fundamentales. Esa garantía debe ser respetada plenamente en el proceso penal. No obstante, si pesar de ello, los agentes estatales la quebrantan, no podrán utilizarla para perjudicar al imputado; solamente podrá ser valorada a su favor. Esa posibilidad de utilización de la prueba ilícita a favor del imputado, conforme se señaló, representa una penalización más, acordada por el legislador contra las actuaciones de las autoridades públicas, que infrinjan los derechos fundamentales de las partes dentro del proceso; lo cual, lejos de representar una permisón o autorización es un claro reforzamiento de la garantía para que el Estado, no sólo no pueda utilizar esa prueba en contra del imputado, sino que además, exista la posibilidad de valorarla a su favor, lo cual pretende, desestimular aún más la conducta ilícita de los agentes estatales en la investigación de los delitos. El hecho de que se le otorgue valor a dichas probanzas no puede interpretarse como una permisón del ordenamiento jurídico ni como un incentivo, porque conforme se dijo, tanto los funcionarios públicos como los sujetos particulares que intervengan en el quebranto a los derechos constitucionales, son susceptibles de ser sancionados tanto penal, como civil, laboral, o administrativamente. Por otra parte, el juez, aplicando las reglas de la sana crítica, deberá otorgarle un adecuado valor probatorio a la prueba, que dependerá de las circunstancias que rodearon su obtención y de los demás elementos con que cuente. En consecuencia, tampoco estima la Sala que la norma impugnada viole el derecho constitucional contenido en el artículo 24.

En virtud de todo lo expuesto, considera esta Sala que el artículo 181 párrafo segundo del Código Procesal Penal no es contrario al Derecho de la Constitución ”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 JAUCHEN, Eduardo: *Derechos del imputado*, 1° ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2007, pp. 149-168.
- 2 Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996.
- 3 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1247-2006, de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del once de diciembre de dos mil seis.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 483-2000, de las nueve horas y treinta y cinco minutos del doce de mayo de dos mil.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 14-2008, de las once horas con veinticinco minutos del once de enero de dos mil ocho.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 6511-2002, de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del tres de julio de dos mil dos.